



Carla Patrícia Formiga Antunes

É possível desatar o nó? Como articular os mecanismos do reenvio prejudicial e do Protocolo n.º 16 de modo a permitir a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Tese orientada pelo Doutor Francisco Pereira Coutinho

Março 2018

Declaração de compromisso Anti Plágio:

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética e disciplinar.

Carla Antunes

Número total de caracteres no corpo do texto: 141 565

INDICAÇÕES DE LEITURA

ABREVIATURAS E SIGLAS

AG – Advogada Geral

Art./arts. – Artigo/artigos

Carta/CDF – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais

CEE – Comunidade Económica Europeia

ETJUE – Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia

PE – Parlamento Europeu

Projeto de Acordo/PdA – Projeto de Acordo de Adesão

PT 16 – Protocolo nº16 adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Relatório Explicativo – Projeto de Relatório Explicativo do Acordo de Adesão

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TG – Tribunal Geral

TIJ – Tribunal Internacional de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

MODO DE CITAÇÃO E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

As referências bibliográficas serão feitas nas notas de rodapé, de acordo com a Norma Portuguesa 405-1, de 1994.

Resumo: A presente dissertação aborda a viabilidade da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, depois do Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça, particularmente as dificuldades técnicas e políticas que resultam do processo das questões prejudiciais. O incentivo e institucionalização do diálogo e comunicação da jurisdição comunitária, europeia e nacional, através do mecanismo do reenvio prejudicial e do processo de apreciação prévia voluntário, permitirá alcançar um sistema que protege eficazmente os direitos fundamentais.

Abstract: This thesis focuses on the viability of the adhesion of the European Union to the European Human Rights Convention, after the Court of Justice's Opinion 2/13, namely the technical and political difficulties that result from the preliminary ruling procedure. The incentive and institutionalization of the dialogue and communication within the community, European and national jurisdictions, through the preliminary ruling and advisory opinion procedures, will allow the achievement of a system that efficiently protects fundamental rights..

Índice

Introdução	6
------------------	---

Capítulo I. A União e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos

1. Considerações gerais	11
2. Base legal, importância, necessidade e consequências da adesão	13
3. O Projeto de Acordo	15

Capítulo II. O Parecer do TJUE sobre o Projeto de Adesão

1. O Tribunal de Justiça e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos	18
1.1. Reconhecimento da jurisdição do TEDH: o “confronto de poderes jurisdicionais”	18
1.2. Compatibilidade do art.53º Carta com o art.53º CEDH.....	23
1.3. O princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros.....	25
1.4. A exclusividade na resolução de litígios referentes à interpretação e aplicação do direito da União.....	28
2. Os novos mecanismos do Projeto de Acordo.....	30
2.1. O Mecanismo do corresponsável.....	30
2.2.O processo de apreciação prévia.....	34
3. Considerações finais.....	36

Capítulo III. A relação entre o reenvio prejudicial e o PT 16

1. O reenvio prejudicial: traços fundamentais.....	38
2. O reenvio prejudicial enquanto garante da unidade, autonomia e coesão do direito da União.....	41
3. A relação de cooperação entre o TJ e os tribunais.....	43
4. O Protocolo nº16 enquanto processo de decisão prejudicial voluntário.....	45
4.1.Considerações do Tribunal de Justiça.....	45
4.2.Objetivos, estrutura institucional e legal.....	46
4.3.Reenvio prejudicial versus processo de apreciação prévia voluntária.....	51

4.4.Como aderir à CEDH sem comprometer o reenvio prejudicial e sem ratificar o PT 16?.....	54
--	----

Capítulo IV. O futuro da adesão da UE à CEDH

1. Possíveis soluções para o impasse.....	58
2. Em cenário de adesão: evolução da relação de Estrasburgo e Luxemburgo.....	60
Conclusões.....	64

Capítulo I. Introdução

I. A proteção dos direitos fundamentais na União Europeia foi ganhando cada vez mais importância, começando na jurisprudência do Tribunal de Justiça e culminando com a introdução, no Tratado de Lisboa, de uma norma que prevê a adesão formal da União à Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a alteração do estatuto jurídico da Carta dos Direitos Fundamentais para o mesmo valor jurídico que os Tratados (art.6º, nº2 e nº1 do Tratado da União Europeia, respetivamente).

A intervenção do TJ foi o ponto de partida para aquela que tem sido uma proteção progressiva e por níveis. Daí que o parecer 2/13,¹ ao negar a compatibilidade do projeto de acordo de adesão da União Europeia à CEDH, fique aquém das expectativas e do objetivo de atingir um sistema comum e eficaz de proteção dos direitos fundamentais.

A temática da adesão tem sido exaustivamente discutida pela comunidade académica, pelos órgãos e instituições da União e pelos Estados-Membros. O parecer 2/13 é a prova de que a adesão não é comumente aceite e que as dificuldades técnicas e jurídicas subjacentes só serão superadas se se aceitar que a autonomia do direito da União não deve prevalecer quando confrontada com valores mais elevados.

II. Os nossos pontos de partida são o parecer e a necessidade de adesão no geral para confluir, posteriormente, na objeção específica relativa ao PT 16 anexo à Convenção Europeia dos Direitos Humanos,² que ainda não entrou em vigor e que pode ser prejudicial ao mecanismo do reenvio prejudicial, previsto no art. 267.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

O reenvio prejudicial é um processo do contencioso da UE, através do qual os tribunais nacionais formulam questões para o TJUE relativamente à validade ou interpretação de disposições do direito (primário ou secundário) da União que surjam no âmbito de um litígio que estejam a dirimir.

Semelhantemente, o Protocolo n.º 16 institui uma via de diálogo entre o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e os tribunais nacionais, pela qual estes podem colocar

¹*Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça*, 18 de Dezembro de 2014.

²Protocolo nº16 anexo à Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 2 de Outubro de 2013, Estrasburgo, Council of Europe Treaty Series - No. 214

questões sobre a interpretação da Convenção. Embora o pedido de parecer não incluisse a adesão da União a este protocolo, a adesão formal à CEDH importa a sua integração no ordenamento jurídico da União e, por conseguinte, que o TJ passa, a par do TEDH, a ser competente para a interpretar.

Colocar uma questão, ao abrigo do PT 16, para o TEDH pode comprometer a eficácia do reenvio prejudicial e que decorre diretamente da adesão, uma vez que os Estados-membros que o tenham ratificado passam a poder colocar questões para o mesmo sobre a Convenção, em vez de o fazerem para o TJUE, que é também competente para o efeito. Por isso, o que pretendemos compreender é se, num quadro de adesão (que terá de ocorrer) o Protocolo n.º 16 é, efetivamente, incompatível com o processo do reenvio e, caso não o seja, que tipo de relação podem manter entre si: subsidiária, complementar ou alternativa.

A dimensão da questão vai além do que a da adesão propriamente dita, apesar de atingirem parcialmente os mesmos objetivos. As consequências ao nível do contencioso são as mais evidentes, nomeadamente a que entidade jurisdicional se deve dirigir um tribunal nacional que esteja a aplicar a Convenção, quando lhe surjam dúvidas relativamente a determinadas disposições. Gostamos da visão de ser um contencioso em marcha que envolve os tribunais nacionais, o TJUE e o TEDH, com as dificuldades e benefícios que lhe estão associados. Trata-se de atingir o objetivo maior de proteção dos direitos fundamentais, através de mecanismos judiciais. Logo se compreende, por isso, que daremos especial aprofundamento aos pontos relacionados com a relação judicial das três jurisdições.

III. Antes de partirmos para o estudo propriamente dito do reenvio prejudicial e do PT 16 é necessário compreender o tipo de relacionamento que existe entre o sistema da União e da Convenção, num contexto de pré-adesão, o que motiva a obrigação de aderir, o percurso até chegar ao projeto de acordo de adesão e os seus traços gerais (Capítulo I).

A análise que faremos no Capítulo II debruça-se sobre o Parecer 2/13 e tem algumas particularidades. Optámos por não analisar as considerações relativas à PESC, que estão no parágrafo 249 e seguintes do parecer, por se tratar de uma matéria de grande técnica e que exigiria um aprofundamento que não é possível nesta

dissertação. O mesmo se diga em relação às questões de representação da União no Comité de Ministros, da participação e representação no TEDH, bem como questões orçamentais. Estas não serão abordadas porque não foram focadas pelo TJ e porque obrigariam a estudo mais profundo que, por motivos de espaço, não nos é possível fazer. A terceira consideração relaciona-se com o modo como abordámos e catalogámos os diferentes fundamentos do TJ. Primeiramente trataremos os pontos que se dirigem ao sistema da Convenção e às suas disposições e não exatamente as inovações previstas no projeto de acordo que, segundo o TJ, não acautelou devidamente situações como o reconhecimento da jurisdição do TEDH, o art. 53.º da CEDH em contraposição com o art. 53.º da Carta, o art. 33.º CEDH que pode colidir com o princípio da confiança mútua entre os Estados-membros da União e o art. 55.º CEDH que colocam em causa o art. 344.º TFUE. Em seguida, abordaremos as críticas dirigidas aos novos mecanismos criados no projeto de acordo – o mecanismo do corresponsável e de apreciação prévia - que, para além de concretizarem os objetivos da adesão, visam criar condições jurídicas e técnicas para a realizar da melhor forma. O estudo do parecer é mais profundo nas matérias que se relacionam com a vertente contenciosa da adesão, como o reconhecimento da jurisdição do TEDH e não tanto com princípios. Interessa, essencialmente, perceber os fundamentos por trás dos fundamentos e se são, efetivamente, contrários aos tratados.

No capítulo III entramos no coração da nossa tese, começando com a visão geral do processo do reenvio prejudicial, a análise geral dos seus pressupostos e efeitos nas ordens jurídicas nacionais. Mais uma vez, a relação que se desenvolve entre as instâncias nacionais e o TJ, sob o mecanismo do reenvio, será objeto de um maior desenvolvimento, que servirá para, posteriormente, compararmos com o PT 16 e as decisões do TEDH no sistema atual. O processo de apreciação voluntária não tem, todavia, os mesmos efeitos que as sentenças do art. 46.º CEDH e uma vez que o PT 16 ainda não entrou em vigor, o seu reflexo nas ordens jurídicas nacionais é ainda difícil de avaliar. Desta forma, o nosso objetivo é conhecer o mais detalhadamente possível os dois mecanismos, através de um olhar comparativo e extrair as devidas consequências da adesão e da eventual ratificação do PT 16 pela União.

No capítulo final pretendemos avaliar as consequências do parecer para o processo de adesão no geral, quais as soluções para o impasse e para a relação judicial entre o TEDH e o TJ, que atualmente se desenvolve sob um diálogo informal.

IV. Por fim, cabe referir que a jurisprudência é um elemento crucial na elaboração desta dissertação, pois é através dela que conhecemos o tipo de relação que se estabelece entre os órgãos jurisdicionais. Para além da jurisprudência, há uma imensidade de outras fontes que tratam do problema; sobretudo depois do parecer 2/13 foram muitos os autores que rapidamente se pronunciaram, o que ajudou no seu enquadramento. Os próprios tribunais emitiram declarações e documentos de reflexão sobre pontos específicos da adesão e do Protocolo n.º 16 que facilitam a compreensão do que está em causa. O mesmo se diga relativamente à opinião da advogada geral³ que contribui para “desmistificar” e solucionar algumas das questões que o TJ viria a considerar incompatíveis com os tratados fundadores.

³ Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475

Capítulo I. A União e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos

1. Considerações gerais

A Carta e a Convenção são, a par das constituições, os instrumentos jurídicos por excelência relativos à proteção dos direitos fundamentais nos Estados-Membros da União Europeia. Ambas têm o objetivo comum de garantir uma efetiva e consolidada proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da União. Apesar das diferenças substanciais, é inegável que se complementam e que o seu reconhecimento mútuo é essencial para os objetivos que pretendem atingir.

A Carta dos Direitos Fundamentais destina-se aos órgãos, instituições e organismos da União Europeia e aos seus Estados-membros quando apliquem direito da União. Foi redigida pela Convenção de 2000 e vigorou na ordem jurídica comunitária, até 2009 com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, como uma proclamação solene conjunta do Parlamento Europeu, da Comissão e do Conselho da Europa, cujo objetivo principal foi “reafirmar os direitos (...)”⁴, dotando a Comunidade de um catálogo próprio de direitos fundamentais.

A Carta teve uma função codificadora muito importante e, ambiciosamente, dispôs sobre um amplo conjunto de direitos, dando cobertura à jurisprudência do Tribunal de Justiça, que foi o primeiro a desenvolver com alguma profundidade os direitos fundamentais. O Tratado de Lisboa formalizou o compromisso assumido pelo TJ de utilizar os direitos fundamentais como parâmetro de controlo dos atos e políticas da União e, por isso, a Carta é o instrumento por excelência que os tribunais nacionais dos Estados-membros e o TJ utilizam para controlar o direito da União.⁵ Os direitos conferidos na Carta fundam-se num bloco de legalidade constituído pelas tradições constitucionais dos Estados-Membros, pelas obrigações internacionais comuns aos Estados-membros, como a CEDH; pela jurisprudência do TJ e de outros tribunais internacionais, como o TEDH⁶. Fundamentalmente, são os direitos que decorrem do

⁴Preâmbulo da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 18 de Dezembro de 2000, Jornal Oficial das Comunidades Europeias C 364/1

⁵TJUE, *Documento de Reflexão sobre a adesão da União Europeia à CEDH*, Luxemburgo, 2010, parágrafo.3.

⁶Quadros, Fausto de, *O Direito da União Europeia*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2013, pág.205

funcionamento de um sistema europeu de base triangular⁷ e que justificou a sua normatividade primordial e subordinante até 2009.⁸

A Convenção aplica-se aos Estados que a ela aderiram (atualmente 47 Estados). Foi assinada em Roma em 1950 e entrou em vigor em 1953, no âmbito de uma organização intergovernamental, o Conselho da Europa, que procurou incorporar e tornar vinculativos os direitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e é aplicada e interpretada por um tribunal independente, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Nasceu do contexto de pós-guerra, em que era fundamental garantir que as atrocidades cometidas não se repetiriam e o respeito pela dignidade da pessoa humana era assegurado.⁹ A CEDH inclui 14 protocolos adicionais que expandem o âmbito material dos direitos que protege, permitindo resolver novos problemas que à data da sua criação não eram sequer pensados.¹⁰

A União não é, atualmente, parte contratante da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo que esta vigora na ordem jurídica da União, pelo menos formalmente e até à adesão, como princípio geral de direito (art. 6.º, n.º 2 TUE). A Convenção aplica-se, assim, a dois ordenamentos jurídicos distintos, mas funciona na União como nível de interpretação mínimo da Carta, nos termos do art. 52.º, n.º 3 e art. 53.º da Carta, apesar de esta contemplar um catálogo menos abrangente de direitos – sociais, políticos, económicos e culturais.

A criação de um instrumento jurídico próprio da União intensificou a dinâmica e o diálogo já iniciado entre a jurisdição comunitária e europeia, e que foi formalizado com o princípio da proteção equivalente. O facto de desenvolverem a sua atividade sobre dois instrumentos que, na sua maioria, coincidem é condição essencial para harmonizar a proteção dos direitos fundamentais, sem que existam grandes discrepâncias relativamente à sua interpretação e aplicação e sem que isso implique a adoção de um conceito uniforme dos direitos em causa.¹¹

⁷Duarte, Maria Luísa, *O Tratado de Lisboa e o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Fundamentais*, em *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, coordenação Nuno Piçarra, Coimbra: Almedina, 2013. pág.98.

⁸Duarte, Maria Luísa, *União Europeia e Direitos Fundamentais: no espaço da internormatividade*, Lisboa: AAFDL 2006, pág.132-133.

⁹Duarte, Maria Luísa, *União Europeia e Direitos Fundamentais(...)*, pág.101.

¹⁰*Idem*, pág.102-104

¹¹Ferraro, Francesca; Carmona, Jesús, *Fundamental Rights in the European Union*, European Parliamentary Research Service, PE 554.168 Março 2015. ISBN978-92-823-6749-0

O Tratado de Lisboa veio confirmar o valor constitucional da Carta, atribuindo-lhe o mesmo valor jurídico que os Tratados e criando a obrigação para a União de aderir à Convenção Europeia dos Direitos do Homem nos termos do art. 6.º, n.º 1 e 2 do Tratado da União Europeia.

2. Base legal, importância, necessidade e consequências da adesão

A par do art. 6.º, n.º 2 TUE, o Tratado de Lisboa introduz também o Protocolo n.º 8 relativo ao n.º 2 do art. 6.º TUE, respeitante à adesão da União à Convenção e a Declaração n.º 2 anexa à Ata Final da Conferência Intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa, que estabelecem as condições em que o acordo de adesão deve ser elaborado, no sentido de preservar as competências das instituições, o direito da União e a situação dos Estados-membros em relação à Convenção (art. 1.º e 2.º do Protocolo n.º 8). As condições a que projeto de acordo está sujeito são concretizações da posição do Tribunal relativamente à celebração de acordos internacionais pela UE e particularmente a sua submissão à jurisdição de outros tribunais.¹²

A Convenção foi também alterada de maneira a adaptar o seu sistema à participação de uma entidade não estadual, com as especificidades e complexidade que são próprias da União. Procedeu-se, assim, à aprovação do Protocolo nº14 anexo à CEDH que, entre outras, contém no art.17º um aditamento ao art.59º da CEDH, permitindo a adesão da UE.

Estas alterações dotaram a União e a CEDH de capacidade e meios para permitir a adesão da União. A adesão é um objetivo obrigatório, de valor constitucional,¹³ que se traduzirá no estreitamento da relação jurídica entre a União e a Convenção.¹⁴

Do ponto jurídico da forma, o ato de adesão, enquanto ato que permite a integração num acordo internacional, exige a decisão unânime do Conselho da União Europeia, depois de aprovação pelo Parlamento Europeu e a sua entrada em vigor depende da aprovação por todos os Estados-membros (art.218º, nº1, a), ii) e nº8 TFUE).

¹²Koutrakos, Panos: *The EU's Accession to the ECHR – a “NO” from the ECJ!*, Common Law Market Review, 52: 1–16, 2015, pág. 4-5.

¹³Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par.3

¹⁴Mesquita, Maria Rangel de, *A União Europeia Após o Tratado de Lisboa*, Coimbra: Almedina, 2010, pág.84.

Até ao Tratado de Lisboa, nenhuma das alterações convencionais tinham comprometido a União com a adesão à Convenção. O TJ pronunciou-se sobre a adesão no parecer n.º 2/94, no qual não reconheceu capacidade à Comunidade Europeia para celebrar acordos internacionais relativos a direitos fundamentais. Segundo o TJ, a adesão iria implicar a integração da Comunidade num sistema intergovernamental, distinto, portanto, do integracionista.¹⁵ Por outro lado, a integração das disposições da CEDH na ordem jurídica comunitária importava uma alteração do regime de proteção dos direitos fundamentais que o art. 352.º, n.º 1 TFUE não permitia. No fundo, a origem da oposição é a querela clássica entre o modelo integracionista e intergovernamental e a descaracterização do modelo comunitário no seio de um sistema intergovernamental, heterogéneo e alargado, como o da CEDH¹⁶ e que divide mesmo as instâncias europeias: TJ e Conselho contra; e Parlamento Europeu e Comissão a favor.

Na doutrina a questão também não é pacífica. Muitos autores não veem a adesão como necessária; nem como jurídica e tecnicamente possível. A questão mais desafiante e complexa será a sujeição da União à jurisdição do TEDH e a eventual repartição de competências no que toca à aplicação e interpretação da CEDH. A sujeição (desnecessária) da União à dupla jurisdição do TEDH e do TJ pode quebrar a autonomia, uniformidade e coesão interna dos direitos fundamentais na União, (e não se justifica) que (é desnecessária) uma vez que a União possui um catálogo próprio, de valor constitucional, de direitos fundamentais. Por outro lado, o facto de o TJ aplicar diretamente disposições da CEDH nas suas decisões, quase como uma fonte formal do direito da União, levou alguns autores a defender a *comunitarização* da CEDH, em prejuízo da adesão.¹⁷ Uma vez que integraria o bloco de legalidade da União, seriam os juízes da União os competentes para avaliar a conformidade do direito com a CEDH. O que, a nosso ver, seria desvirtuar todo o sistema que se pretender instituir.

Não há dúvidas que o contencioso da União, no que toca a questões relacionadas com os direitos fundamentais, irá sofrer alterações. Do mesmo modo, é de prever, contrariamente àquela que tem sido a postura do TJ, que os direitos fundamentais, pela

¹⁵Parecer 2/94 do Tribunal de Justiça, 28 de Março de 1996, EU:C:1996:140, par. 34 e 35.

¹⁶Duarte, Maria Luísa, *O Tratado de Lisboa e o Sistema Europeu (...)*, em *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, coordenação Nuno Piçarra, Coimbra: Almedina, 2013, pág. 87-88. ISBN – 978-972-40-4629-7

¹⁷Apud Quadros, Fausto de, *O Direito da União Europeia*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2013, pag.220-222 – *L'apport du droit international et européen à la protection communautaire des droits fondamentaux*, in *Société Française Pour le Droit International, Droit International et droit communautaire – perspectives actuelles*, Paris, 2000, pág.169 ess

ação do TEDH, prevaleçam em detrimento dos princípios de integração comunitária. Mesmo a submissão à dupla jurisdição do TEDH e do TJ, como veremos, não traz nada de novo para aquela que é prática atual. Assim, as razões que justificam a adesão tendem a prevalecer sobre as dificuldades com que se possa deparar. A primeira de todas é garantir um grau de proteção mais elevado dos cidadãos da União, que têm legitimidade limitada para impugnar um ato da União que viole a Carta, em sede de recurso de anulação (art.263º TFUE). Por outro, trata-se de garantir que não existem lacunas ao determinar a responsabilidade por atos que violem os direitos fundamentais – ou seja, num caso em que a União seja inteiramente responsável por aquele ato ou norma, que lhe sejam atribuídas as devidas obrigações de reparação e, simultaneamente, dar-lhe possibilidade de defesa e, assim, evitar queixas coletivas contra os Estados-Membros.¹⁸

A adesão tem uma componente política, ideológica e simbólica muito forte, às quais muitos atribuem as verdadeiras razões do parecer, especialmente pela reafirmação do papel da CEDH na Europa “(...) como um instrumento normativo que exprime de forma mais rigorosa e exigente a vontade política fundamental de convergência europeia no domínio dos direitos fundamentais”.¹⁹ Mas não só. Comporta também questões substanciais e processuais, como o reconhecimento da competência natural do TEDH, que põe em cheque a postura despreocupada da União até ao momento e a sua conformação, ao nível jurídico, em não abrir caminho para uma melhor tutela dos direitos dos particulares. Simbolicamente a adesão representa o reforço da credibilidade da UE relativamente à proteção dos direitos fundamentais, que irá complementar a Carta dos Direitos Fundamentais e dar mais garantias de um desenvolvimento harmonioso da jurisprudência do TEDH e do TJUE.²⁰ Só assim será possível alcançar um modelo europeu convergente de proteção dos direitos fundamentais.²¹

3. O Projeto de Acordo

A elaboração do Projeto de Acordo sentou à mesa das (longas) negociações representantes da União Europeia e do Conselho da Europa. Foram dados à Comissão

¹⁸Quadros, Fausto de, *O Direito da União Europeia*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2013, pag.223

¹⁹Duarte, Maria Luísa, *União Europeia e Direitos Fundamentais (...)*, pág. 413.

²⁰Mesquita, Maria Rangel de, *A União Europeia (...)*, pág.97 e ss

²¹ Duarte, Maria Luísa, *União Europeia e Direitos Fundamentais (...)*, pág.485-486.

Europeia, pelo Conselho, poderes para negociar os termos da adesão e, a dois grupos sucessivos de trabalho, por parte do Comité de Ministros. O Comité de Ministros é o órgão que determina a política do Conselho da Europa, aprova o seu orçamento e atividades e é composto pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros de cada Estado-membro.²²

Em junho de 2013 foi apresentado ao Comité Diretor para os Direitos Humanos do Conselho da Europa um relatório final de adesão que, para além do projeto de acordo, incluía o projeto de Declaração da União Europeia a apresentar no momento da assinatura do Acordo de Adesão, um projeto de uma regra complementar às regras do Comité de Ministros, um projeto de declaração de intenções comum da União Europeia e da Parte Contratante X, e um projeto de Relatório Explicativo do Acordo de Adesão (Os Projetos de Acordo de Adesão), que têm o mesmo valor jurídico que o projeto de acordo e fazem parte do conjunto de instrumentos que a UE irá aderir, cuja apreciação foi submetida ao TJ.²³ O projeto de acordo de adesão recebeu luz verde da Comissão, da maioria dos Estados-membros e da advogada-geral. O Tribunal de Justiça considerou, no entanto, que o projeto, nos termos em que foi apresentado, incompatível com os Tratados.

O projeto de Acordo de Adesão, em particular, para além das disposições relativas à adesão propriamente dita, contém disposições de carácter mais técnico, as alterações necessárias ao nível da Convenção e do seu sistema, a relação com outros instrumentos ligados a ela, disposições sobre a entrada em vigor, ratificação e adesão necessárias para a União aderir e, mais importante, introduz dois novos mecanismos, o mecanismo do corresponsável e o processo de apreciação prévia (art.3º do Projeto de Acordo).

²²*Estatuto do Comité de Ministros*, cap. IV, Londres, 5 de Maio de 1949, ETS No.001

²³Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par.6 e 7.

Capítulo II. O Parecer do TJUE sobre o Projeto de Adesão

Nos termos do art.218º, nº 11 TUE, o Parlamento Europeu, o Conselho ou qualquer Estado-Membro pode requerer ao Tribunal de Justiça a emissão de um parecer sobre a compatibilidade com os tratados fundadores de um acordo internacional a que a União se pretenda vincular. A apreciação *a priori* do TJ prende-se não só com questões de segurança jurídica, para evitar as complicações que poderiam surgir com a impugnação posterior, quando o acordo já entrou em vigor e produziu efeitos,²⁴ mas também com a dimensão constitucional da adesão, nomeadamente por interferir com princípios essenciais da integração da União.

O parecer negativo do TJ é resultado de um conjunto de fatores políticos, jurídicos, técnicos e ideológicos que, no geral, não se afastam da sua linha de pensamento até ao momento. Por isso, perceber o ambiente que circunda a adesão, particularmente ao nível da jurisprudência, de pareceres anteriores, casos relacionados com os pontos problemáticos, etc., é a melhor forma de descortinar as entrelinhas do parecer e os fundamentos por trás dos fundamentos do TJ que tornou a adesão uma tarefa muito mais difícil de concretizar.

Num roteiro geral sobre o parecer vemos que a primeira referência do Tribunal de Justiça é à capacidade que a UE adquiriu, por via do art.6º, nº2 TUE, para celebrar um acordo de adesão à CEDH, eliminando, assim, o constrangimento que impediu a adesão, referido no parecer 2/94. Segue-se a referência à Carta dos Direitos Fundamentais, como instrumento jurídico de proteção dos direitos fundamentais, sobre a qual se constrói o ordenamento jurídico da União, que é fundamento de legalidade dos atos por esta praticados e vincula todos os agentes e sujeitos²⁵. O TJ salienta que em todo o processo de integração, especialmente nos anos mais recentes, a proteção dos direitos fundamentais foi sempre uma preocupação em todos os âmbitos de ação, desde o nascimento do mercado comum até à criação da cidadania europeia.²⁶

Em seguida, apresenta o quadro geral do ordenamento jurídico da União, e realça a importância da unidade, coesão e autonomia da ordem comunitária, a sua estrutura constitucional, institucional e as normas que a compõem, especialmente as relativas à aplicação na ordem interna dos Estados-Membros – o efeito direto e o

²⁴Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça, 18 de Dezembro de 2014, par. 144 a 146.

²⁵*Idem*, para.169 e 170.

²⁶*Idem*, par. 172.

primado.²⁷ São fundamentalmente estes princípios e valores constitucionais que sustentam a sua posição, pelo que a forma como o TJ os apresenta é muito importante.

A análise que iremos fazer será fundamentalmente das disposições do projeto de acordo que o TJ considerou incompatíveis com os tratados. Optámos por analisar primeiro as objeções que se dirigem ao sistema atual da Convenção; depois as que se dirigem aos novos mecanismos do projeto de acordo. Apesar de toda a fundamentação do tribunal redundar na proteção da autonomia da União e na proteção das competências exclusivas do TJUE na interpretação e apreciação da validade do direito da União, faremos um aprofundamento dos fundamentos que estejam diretamente relacionados com o contencioso.

1. Tribunal de Justiça e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos

1.1.Reconhecimento da jurisdição do TEDH: o “confronto de poderes jurisdicionais”

I. A entrada em cena, no contexto da União, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, como tribunal internacional, nascido no âmbito de uma convenção internacional, pode ser uma realidade esquizofrénica para o modelo integracionista e supranacional da União. No entanto, a fiscalização externa do direito da União, no qual se incluem as decisões do TJ, não é, *per se*, incompatível com os tratados. É, efetivamente, uma realidade prevista no art.216º TFUE, na medida em que não afete as características próprias do direito da União, a sua autonomia e as competências dos seus órgãos, organismos e instituições e que sejam preservadas as características fundamentais da União Europeia.²⁸

O TJ teve já oportunidade de se pronunciar sobre a matéria e decidiu, no parecer 1/91 sobre a celebração do Tratado CEE, que a criação de um sistema de fiscalização jurisdicional, a cargo do tribunal CEE, atribuindo-lhe competência para interpretar e aplicar as disposições do acordo, coincidentes, na sua maioria, com normas da União, podia comprometer a autonomia do direito da União por permitir que outro tribunal interpretasse disposições da União.²⁹

²⁷*Idem*, para. 157-158.

²⁸Art.3º, nº6 do Projeto de Acordo e nº68 e parágrafo 26 do Relatório Explicativo do Projeto de Acordo.

²⁹*Parecer 1/91 TJ*, 14 de Dezembro 1991, EU:C:1991:490, par. 43 a 46.

Da mesma forma, com a adesão à CEDH e ao respetivo sistema de controlo, o Tribunal de Justiça receia que a autonomia do direito da União seja colocada em causa,³⁰ referindo-se, por um lado, à vinculação da União e suas instituições à interpretação de Estrasburgo da Convenção; e, por outro, ao facto de a jurisprudência do TJ sobre a CEDH não vincular aquele. Esta é uma crítica direta ao facto de as decisões do processo de apreciação prévia, previsto no art.3º, nº6 do Projeto de Acordo não serem obrigatórias.³¹ Mesmo a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à aplicação do direito material da União e da sua conformidade com os direitos fundamentais, particularmente a sua interpretação da Carta, não pode ser questionada pelo TEDH.³²

Após a adesão, uma decisão do tribunal de Estrasburgo que confirme uma violação da Convenção por uma norma ou ato da União, impõe uma obrigação aos seus organismos, órgãos ou instituições de retificarem ou suprimirem a situação de infração. Para o Tribunal de Justiça, pode implicar ter de rever uma decisão que viole uma disposição da CEDH.³³ Mesmo que não acarrete uma modificação substancial das competências destes órgãos, verificar se uma disposição ou um ato da União infringe a CEDH envolve sempre um raciocínio interpretativo das normas em causa. A criação do mecanismo de apreciação prévia, como veremos, pretende evitar que o TEDH se pronuncie sobre a validade do direito da União e o interprete, quando o TJ ainda não o fez; ou não o fez na perspetiva que está a ser discutida perante TEDH.

Porém, a crítica do TJ não pode prevalecer. Vincular o TEDH à interpretação do TJ, no âmbito do processo de apreciação prévia, equivaleria a frustrar e comprometer o objetivo de fiscalização externa do nível de proteção dos direitos fundamentais na União. Em último recurso, se o TEDH exceder a sua competência e proferir acórdãos que contrariem a ordem constitucional da União, a advogada-geral lembra que a União tem sempre a possibilidade de denunciar a Convenção ou até de proceder a revisão do direito da União.³⁴

³⁰*Parecer 2/13 do TJ*, 18 de Dezembro de 2014, par.183.

³¹*Parecer 1/91 TJ*, 14 de Dezembro 1991, EU:C:1991:490, par. 35

³²*Parecer 2/13 do TJ*, 18 de Dezembro de 2014, par. 184 a 186.

³³Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par.81.

³⁴Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par.181.

II. A realidade prática, todavia, é (bem) diferente da imagem que o Tribunal de Justiça está a criar. Os tribunais por regra não entram em disputas jurisprudenciais e, ainda que não estejam sempre de acordo, não mantêm um elo competitivo, muito menos hierárquico. O facto de ambos aplicarem a Convenção proporciona um diálogo informal, que gradualmente se intensificou e se concretiza, por exemplo, na utilização da jurisprudência um do outro, como fonte de interpretação e inspiração; em referências a disposições da Convenção e da Carta; e na utilização pelo TJ da estrutura e procedimento do TEDH na aplicação de disposições da Convenção, que, por conseguinte, potenciou a criação de uma relação harmoniosa entre ambos.³⁵

A intensidade do diálogo varia, por exemplo, com a área do direito em causa e com o nível de integração que União já alcançou. No início, o Tribunal das Comunidades Europeias fazia remissões diretas das normas da CEDH, como a liberdade de pensamento e de expressão, direito ao respeito pela vida privada, direito à tutela judicial. Em jurisprudência mais recente, a tendência é fazer essa referência a princípios gerais de direito, mas continua a ser mais intensa em matérias relativas à proteção de dados, direito à vida privada, em que o Tribunal de Justiça faz transcrições diretas da jurisprudência do TEDH.³⁶ No entanto, nos casos relativos a procedimentos e garantias penais, o tribunal do Luxemburgo defendeu expressamente a autonomia da sua jurisprudência,³⁷ rejeitando a aplicação do art.6º CEDH, uma vez que o direito da União providenciava uma proteção equivalente à da Convenção, por exemplo no caso *Mannesmannnrohren-werke*.³⁸

O receio do TJ pode ser também mitigado pela flexibilidade que caracteriza o sistema da Convenção, particularmente a discricionariedade conferida na execução das sentenças do TEDH.³⁹ Para a União Europeia (até à adesão) a discricionariedade refletiu-se no princípio da proteção equivalente. O Tribunal de Justiça realçou em algumas ocasiões que, mesmo sem obrigação de o fazer, a sua jurisprudência é baseada em disposições da Convenção e na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do

³⁵Varju, Marton, *European Union Human Rights Law: The dynamic of interpretation and context*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. ?

³⁶Por exemplo: TEDH, *Niemietz v. Germany*, Proc. 13710/88, 16 de Dezembro de 1992.

³⁷Varju, Marton, *European Union Human Rights Law (...)*, pág.237 e ss. ISBN – 978 1 781951736

³⁸TJUE, *Mannesmannnrohren-werke*, Proc. T-112/98, 20 de Fevereiro de 2001, 1998, para. ?

³⁹Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par. 78.

Homem⁴⁰ e que a partir dela e das tradições constitucionais dos Estados-membros foi progressivamente construindo um direito comunitário de direitos fundamentais.

O princípio da proteção equivalente funda-se na presunção de que existe uma proteção equivalente à da Convenção no sistema jurídico da União Europeia, cuja verificação cabe ao Tribunal Europeu fazer. Esta construção é resultado de um número de casos levados ao TEDH sobre as relações entre o direito da União e o sistema da Convenção de proteção dos direitos fundamentais. Em 1990, no caso *M & Co c. Alemanha*,⁴¹ a Comissão Europeia dos Direitos do Homem clarificou que a participação em organizações supranacionais, como a UE, não desresponsabiliza os Estados das suas obrigações para com a CEDH, mas os particulares devem recorrer primeiro aos tribunais comunitários, antes de fazerem uma queixa para o TEDH. O TEDH evita pronunciar-se sobre o direito da União partindo do princípio (presunção) que o sistema da União providencia uma *proteção equivalente* à da Convenção.

No caso *Matthews*,⁴² uma queixa sobre a violação do art.3º do Protocolo nº1 da Convenção por uma decisão de 1976 relativa às eleições diretas para o Parlamento Europeu, o Tribunal Europeu afirmou a responsabilidade coletiva dos Estados-membros pelo direito originário da União, na medida em que são responsáveis pelas consequências dos tratados por eles elaborados. Neste caso, o TEDH avalia, pela primeira vez, o grau de conformação do direito da União com a CEDH e condena os Estados-Membros por não assegurarem os direitos nela contidos. Depois deste, o TEDH tem adotado uma *política de não ingerência nos assuntos comunitários*⁴³ e toma decisões de forma a evitar fazer essa avaliação e pronunciar-se sobre a compatibilidade do direito da União que, até à adesão formal, não pode ser responsabilizada por atos violadores da Convenção.

No caso *Bosphorus*,⁴⁴ o TEDH aplicou o princípio da proteção equivalente e, mais uma vez, imiscuiu-se de avaliar a conformidade do direito da União com a CEDH. Neste caso, todavia, o TEDH deixou claro que quando os Estados-membros ajam ao abrigo do direito da União, mas se limitem a aplicar aquele direito, sem terem margem de discricionariedade, não são responsabilizados pela execução daquele ato, com

⁴⁰TJUE, *Documento de Reflexão sobre a adesão da União Europeia à CEDH*, Luxemburgo, 2010, par.3.

⁴¹Decisão de 9 de Fevereiro de 1999, petição nº13256/87, série B, vol.64.

⁴² TEDH, *Caso Matthews v. Reino Unido*, Proc. 24833/94, 18 de Fevereiro de 1999.

⁴³ Duarte, Maria Luísa, *União Europeia e Direitos Fundamentais(...)*, pág. 106.

⁴⁴ TEDH, *Caso Bosphorus v. Ireland*, Proc. 45036/98, 30 de Junho de 2006

fundamento na proteção equivalente. Se num caso o TEDH (exclusivamente) verificar que a proteção foi manifestamente deficiente, a presunção é ilidida e o Estado-membro é responsabilizado. À data desta decisão (2005), a Carta não era formalmente obrigatória e os mecanismos do contencioso comunitário à disposição dos indivíduos eram o reenvio prejudicial, os tribunais nacionais e ações contra a União.

O princípio da proteção equivalente atinge um compromisso entre a proteção dos direitos fundamentais, a cooperação internacional e a participação em integrações regionais, como a UE,⁴⁵ permitindo-lhe adotar as medidas que considere necessárias para desenvolver autonomamente os direitos fundamentais, ao mesmo tempo que realiza os seus objetivos internos, desde que conceda uma proteção, no mínimo, igual à da Convenção.

No estado atual, os Estados-Membros, sob o escudo de estarem a aplicar o direito da UE, escapam ao escrutínio do TEDH, que é agravado pelo facto de os tribunais nacionais aplicarem eles próprios a presunção da proteção equivalente, sem verificarem se o direito da União que estão a aplicar é potencialmente violador da Convenção. Esta situação pode ter o efeito perverso de negar proteção dos direitos fundamentais quando são os tribunais nacionais aplicá-la.⁴⁶

III. O reconhecimento jurisprudencial mútuo é uma realidade pré-adesão, que assume diversas formas. É por isso que muitos autores afirmam que, na prática, a adesão não trará mais do que o reconhecimento formal do diálogo e, assim, da jurisdição do TEDH.⁴⁷ Há autores que consideram que o TJ cria um clima de competição e que coloca a adesão sob a condição (entre outras) de estar garantida a sua competência exclusiva para analisar, num caso concreto, se estamos no âmbito da Carta

⁴⁵Varju, Marton, *European Union Human Rights Law* (...), pág.247 e ss.

⁴⁶Besselink, Leonard, *Should the European Union Ratify the European Convention for Human Rights ? Some Remarks on the Relations between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, Constituting Europe: the European Court of Human Rights in a national, European and global context (pp. 301-333), 2013, Studies in human rights conventions; No. 2, Cambridge: Cambridge University Press, pág. 6.-7.

⁴⁷Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par.167; Duarte, Maria Luísa, *O Tratado de Lisboa* (...), em A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa, coordenação Nuno Piçarra, Coimbra: Almedina, 2013, pág.98.

ou da Convenção.⁴⁸ No entanto é preciso (fazer) perceber que optar por um espírito de diálogo, que a adesão irá somente formalizar, não só evita divergências jurisprudenciais sobre os direitos que pretendem proteger, como também garante a coerência e reforça a legitimidade dos próprios tribunais.⁴⁹ A advogada-geral afirma que o reconhecimento e submissão à jurisdição do TEDH é o ao mesmo tempo o aspeto da adesão com mais impacto para o núcleo de competências do Tribunal de Justiça e uma mais valia para o incremento do nível de proteção no seio da União Europeia.⁵⁰ A relação não deve ser, por isso, de submissão ou competição, mas de cooperação e diálogo, que se traduzirá numa proteção mais intensa e eficaz dos direitos fundamentais na Europa.

IV. Por fim, cabe referir que o reconhecimento da jurisdição do TEDH, nos termos do projeto, não se limita, porém, a proferir sentenças, mas também, no âmbito dos novos mecanismos, a determinar, por exemplo, responsabilidade entre os Estados-Membros e a União e se é ou não necessária apreciação prévia pelo TJ antes do TEDH resolver um caso em que a União é corresponsável. Atendendo à forma como estão configurados estes mecanismos, a advogada-geral alerta para a necessidade de proceder a aditamentos ou alterações do projeto de acordo que garantam o princípio da autonomia do direito da União.⁵¹ São questões que desenvolveremos em seguida.

1.2. Compatibilidade do art.53º Carta com o art.53º CEDH

O TJ levanta a questão da compatibilidade do art.53º da CEDH com o art.53º da Carta e a sua interpretação no caso *Melloni*.⁵² Para o TJ não há nenhuma disposição no projeto de acordo que salvguarde a coordenação entre estes artigos.⁵³

⁴⁸Lazowski, Adam; Wessel, Ramses A, *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*, German Law Journal, N°1, 2015, pág.5-9.

⁴⁹Rackow, Julia, *Strasbourg and Luxembourg: A Dialogue between Law and Politics*, Geneva Jean Monnet Working Paper 22/2016, Universidade de Genebra, pág.6 e ss.

⁵⁰Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par. 164.

⁵¹ Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par. 174.

⁵²TJUE, Ac. *Melloni*, processo C-399/11, 26 de Fevereiro de 2013 TJUE.

⁵³*Parecer 2/13 do TJ*, 18 de Dezembro de 2014, par. 190.

Nos termos do art.53º da Carta nenhuma das suas disposições deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos fundamentais reconhecidos pela União, direito internacional e convenções internacionais em que sejam partes a UE e os Estados-membros. De acordo com a jurisprudência *Melloni*, a aplicação de padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais é possível, desde que não comprometa o nível de proteção da Carta, nos termos em que o TJ interpreta o princípio do primado, da unidade e efetividade do direito da União.⁵⁴ Diferentemente, o art.53º da Convenção permite (mais uma vez, a maleabilidade na sua aplicação) uma proteção superior pelos Estados contratantes. Para o TJ, a interpretação desta norma tem de ser limitada ao necessário para não interferir com a sua interpretação da Carta e tampouco com os princípios do primado e efeito direto, com a efetividade e unidade do direito da União.⁵⁵ Efetivamente, o que acontece com infeliz frequência na jurisprudência do TJ é privilegiar a todo o custo os princípios de integração em detrimento de uma proteção coordenada e integrada dos direitos fundamentais.⁵⁶

A Carta não tem de dar um nível de proteção superior ao da Convenção, mas exige uma proteção ao mesmo nível. As partes contratantes podem proteger mais intensamente, sem a isso estarem obrigadas, nos termos do art.53º CEDH. Por isso, grande parte dos autores considera que esta objeção não tem grande fundamento e que explana a preocupação do TJ em proteger a sua autoridade. Uma não impede a outra – a Carta obriga a uma proteção conforme àquela, nos termos explicados pelo TJ, e a Convenção apenas permite uma proteção superior, dando ampla discricionariedade às partes contratantes,⁵⁷ o que pode acabar por não se verificar devido a obrigações que as partes tenham assumido a nível internacional ou europeu, por exemplo.⁵⁸ Contrariamente ao que o TJ defende, o art.53º da Convenção reforça o carácter subsidiário da Convenção relativamente ao direito da União e o TEDH não recorre a ela

⁵⁴TJUE, Ac. *Melloni*, processo C-399/11, 26 de Fevereiro de 2013, par. 60.

⁵⁵*Parecer 2/13 do TJ*, 18 de Dezembro de 2014, par.189.

⁵⁶Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par. 206; Lambrecht, Sarah, *The sting is in the tail: CJEU Opinion 2 / 13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights*, European Human Rights Law Review Case Comment, Issue 2, 2015, pág.186-187.

⁵⁷Spaventa, Eleanor, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, Durham European Law Institute workshop on Opinion 2/13, 2015, pág.43.

⁵⁸Lambrecht, Sarah, *The sting (...)*, pág. 186-187.

como norma de conflitos e, apenas em situações extraordinárias, a ela se refere na sua jurisprudência.⁵⁹

Ao mesmo tempo, está expressamente previsto no art.53º, nº2 da Carta que as suas disposições devem ser interpretadas atendendo à CEDH e à jurisprudência do TEDH, como princípios gerais de direito (art.6º, nº3 TUE). A advogada-geral esclarece⁶⁰ que numa situação de conflito entre uma disposição da Convenção e uma norma de direito primário da União, não deve recorrer-se a regras de hierarquia de normas, porque a CEDH deve ser utilizada na interpretação do direito da União e, com a adesão, fará parte integrante do mesmo, passando a estar ao mesmo nível hierárquico. A tentativa de equilíbrio entre as normas de direito primário da União e das normas de proteção dos direitos fundamentais, por deixar de depender exclusivamente do TJ, pode significar uma mudança e uma maior ênfase para estes, sem colocar em causa o efeito direito e o primado.⁶¹

A coordenação que o TJ exige no parecer é na verdade a exclusão do escrutínio da CEDH quando os Estados-Membros estejam a aplicar o direito da EU – na prática, a proteção mais elevada só é possível quando não esteja em causa a aplicação do direito da União.⁶²

1.3.O princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros

A influência do acórdão *Melloni* não está só presente na objeção relativa ao art.53º da Convenção. Está patente na objeção relativa ao princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros, particularmente pela necessidade ponderar os direitos fundamentais e o reconhecimento mútuo entre os Estados-membros.⁶³

O TJ utiliza o princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros para negar a viabilidade do acordo.⁶⁴ Segundo aquele, os Estados e União mantêm relações de interdependência e partilham valores e princípios comuns, nos quais a União se funda e sob os quais se constrói o seu ordenamento jurídico.⁶⁵ O princípio é

⁵⁹*Ibidem.*

⁶⁰Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, parágrafo 204.

⁶¹Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par. 206 e 207.

⁶²Lazowski, Adam; Wessel, Ramses A, *When Caveats (...)*, pág. 7-8.

⁶³*Ibidem.*

⁶⁴*Parecer 2/13 do TJ*, 18 de Dezembro de 2014, par. 191 a 195.

⁶⁵*Parecer 2/13 do TJ*, 18 de Dezembro de 2014, par. 167 e 168.

especialmente importante em áreas como as da Liberdade, Segurança e Justiça, porque possibilita a criação de um espaço sem fronteiras, através da presunção de que os Estados-membros adotam medidas internas conformes com o direito da União (e, assim, com os direitos fundamentais). Consequentemente, nenhum deles fiscaliza as condições em que é aplicado o direito interno de outro Estado-membro, nem tampouco se exige um nível de proteção superior ao estabelecido pelas normas da União.

No entendimento do TJ, a adesão à CEDH, nos termos do projeto de acordo, não salvaguarda as particularidades da União enquanto parte contratante não estadual, porque incentiva à fiscalização entre Estados-Membros das medidas que adotam internamente. Esta situação é suscetível de comprometer o equilíbrio e a autonomia do direito da União, uma vez que os Estados-Membros transferiram competências para a União e aceitaram que esta regulasse determinadas áreas, impossibilitando a submissão às exigências de um outro direito.

É unívoco que na origem deste argumento está a interpretação divergente relativamente às normas de asilo do Regulamento e da Convenção de Dublin,⁶⁶ a sua relação com o art.3º da CEDH e a forma como ambos os tribunais se posicionaram e as aplicaram. O TEDH, nos casos *M.S.S*⁶⁷ e *Tarake*⁶⁸, aplicou os critérios do art.3º CEDH relativamente às normas constantes na Convenção de Dublin de forma mais restrita, que se traduziu numa proteção mais eficaz dos direitos fundamentais, deixando o princípio da confiança mútua para segundo plano. O tribunal de Estrasburgo foi bastante claro neste ponto: a presunção subjacente ao princípio da confiança mútua é ilidida quando, relativamente às normas sobre a requisição de asilo e ao art.3º da CEDH, haja um “risco real” de violação do art.3º da Convenção.⁶⁹ No caso *Tarake*, o TEDH, concluiu que, quando se verifique este risco, o Estado-Membro tem de fazer uma análise metódica e individual sobre a fonte que o origina.

A decisão, no entanto, surgiu na sequência de um acórdão do Tribunal de Justiça sobre um problema semelhante em que este defendeu uma aplicação mais ampla dos critérios e que, em nome do princípio da confiança mútua, dá mais liberdade aos Estados-Membros quando aplicam aquelas disposições, evitando o seu escrutínio na

⁶⁶Normas relativas ao mandado de detenção europeu, à Regulação de Dublin II e a Convenção de Bruxelas II, que asseguram a coordenação dos sistemas jurídicos dos Estados-membros e processos expeditos, em Spaventa, Eleanor, *A Very Fearful Court?* (...), pág.48-49.

⁶⁷TEDH, Ac. *M.S.S v Belgium and Greece*, Proc. 30696/09, 21 de Janeiro de 2011.

⁶⁸TEDH, *Tarakeh v Switzerland* Proc. 29217/12, 4 de Dezembro de 2014.

⁶⁹TEDH, *M.S.S. v Belgium and Greece*, Proc. 30696/09, 21 de Janeiro de 2011, para. 293.

esmagadora maioria dos casos. Na visão do TJ, o princípio da confiança mútua é afastado quando, num caso concreto, se conclua que o procedimento para a concessão de asilo, na ordem jurídica do Estado-membro, tem deficiências sistemáticas, precludindo a análise casuística. Os casos mereciam uma análise mais pormenorizada que, nesta sede, não nos é possível fazer porque importaria o desenvolvimento dos conceitos relativos ao espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. O que apraz perceber é que esta colisão teve um impacto tal para o TJ que influenciou a sua decisão, sob a fórmula do princípio da proteção da confiança.

A preocupação do TJ é evitar que as obrigações dos Estados-membros sejam comprometidas pela obrigação de respeitarem os direitos fundamentais, especialmente se essas obrigações resultarem da Convenção ou dos acórdãos de Estrasburgo. Este é o perigo que a adesão à CEDH consubstancia para o equilíbrio e autonomia do direito da União a que o tribunal se refere.⁷⁰ O TJ subtilmente exige que as áreas do direito da União em que o princípio da confiança mútua ganha especial relevo fiquem excluídas da fiscalização externa⁷¹ e não estejam sujeitas aos critérios da Convenção, impossibilitando que uma pessoa que considere os seus direitos lesados, de levar o caso até ao TEDH, em nome da autonomia do direito da União.⁷²

Uma vez que se tratam de casos pontuais, cujos desfechos se justificam precisamente pelas particularidades das suas circunstâncias, a reflexão deve ir no sentido de reconciliar os pontos de discórdia, ao invés de propor alterações à Convenção ou fazer reservas ao projeto de acordo⁷³ ou mesmo pela formulação de reservas, nos termos do art.57º da Convenção, às disposições que estiveram na origem da divergência.⁷⁴ Acresce ainda que não é uma realidade fora do comum, e não deve condicionar a adesão, a existência de divergências em sistemas paralelos e pluralistas, que, acabam por convergir no mesmo sentido.

Para as autoridades e tribunais nacionais, interpretações divergentes de tribunais reconhecidos para tal para além de gerar alguma confusão, cria o risco de estes seguirem a sua própria via interpretativa, de modo a evitarem fazer a opção entre as

⁷⁰Rackow, Julia, *Strasbourg and Luxembourg: A Dialogue (...)*, pág.13 e ss.

⁷¹Spaventa, Eleanor, *A Very Fearful Court? (...)*, pág.50-51.

⁷²Rackow, Julia, *Strasbourg and Luxembourg: A Dialogue (...)*, pág.14.

⁷³Editorial, ECJ, *Strasbourg and National Courts: an exercise in guess-work?* – European law review, volume 40, nº 5, 2015, pág.3

⁷⁴Krenn, Christoph, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13*, German Law Journal, Vol.16, 2015.

jurisprudências em causa.⁷⁵ Podem mesmo adotar a atitude protecionista do TJ relativamente à sua ordem jurídica e, na sua insuficiência, assumirem a posição de protetores dos direitos fundamentais.⁷⁶

O argumento do TJ faz questionar⁷⁷ até que ponto é que o princípio da proteção equivalente dos direitos fundamentais no seio da União Europeia é efetivamente aplicado quando aquele assume expressamente que, nestas matérias, a verificação entre Estados é contrária ao princípio da confiança mútua, que nem sequer faz parte do catálogo de princípios constitucionais da União. O TJ eleva o princípio da confiança mútua a um patamar hierárquico tão elevado que leva à derrogação de uma proteção efetiva dos direitos fundamentais em áreas que, pela vulnerabilidade das pessoas que pretendem proteger, deveriam ter uma proteção mais intensa.⁷⁸

1.4. A exclusividade na resolução de litígios referentes à interpretação e aplicação do direito da União

O art.344º TFUE prevê a jurisdição exclusiva do Tribunal de Justiça para resolver litígios sobre a interpretação ou aplicação do direito e aplicação do direito da União que possam surgir entre os Estados-Membros. É uma norma que garante a exclusividade dos meios de resolução de conflitos no âmbito da União, nomeadamente a competência jurisdicional do TJ, impedindo que haja controlo exterior, anterior ou posterior.⁷⁹

Do mesmo modo, a advogada-geral alertou para o facto de ser uma disposição de tal modo importante que o Protocolo nº8 prevê no art.3º que nenhuma disposição do projeto de acordo a pode afetar, sob pena de comprometer a conformidade do projeto com os tratados.⁸⁰ A desconformidade está na possibilidade de as partes contratantes da Convenção remeterem para o TEDH queixas relativas à violação de alguma das suas disposições por outra parte contratante, nos termos do art.33º, e, por prever no art.55º, a exclusão de outras formas de resolver litígios, para além dos previstos na convenção.

⁷⁵Freundlich, Petri, *The Autonomy of EU Law - The ECHR Accession Opinion and its Aftermath*, Tallin University School of Governance, Law and Society Law curriculum, bachelor's thesis, pág. 41-43.

⁷⁶ *Idem*, pág.30-31

⁷⁷Lambrecht, Sarah, *The sting (...)*, pág.187-188.

⁷⁸Rackow, Julia, *Strasbourg and Luxembourg: A Dialogue (...)*, pág. 13 e ss.

⁷⁹Parecer TJUE 2/13, par. 210.

⁸⁰Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par.107-108.

O projeto de acordo e o relatório explicativo tentaram acautelar esta situação e preveem que ações perante o Tribunal de Justiça não constituem meios de disputa de litígios aos quais os Estados contratantes renunciaram nos termos do art.55º da Convenção.⁸¹ Mais ainda, o relatório explicativo remete para o art.344º TFUE os casos em que os Estados formulem queixas contra outro Estado ou contra a União;⁸² o projeto de acordo não regula esse tipo de situações exatamente por se tratar de direito da União, no qual a Convenção não deve interferir.

O TJ, ainda assim, considerou que a ressalva não exclui a possibilidade dos Estados-Membros, ao abrigo do art.33º da Convenção, fazerem queixas contra outros Estados-membros ou contra a União para o TEDH sobre direito da União que viole a Convenção e que só a mera possibilidade atenta contra o art.344º TFUE. O art.5º do Projeto e o relatório explicativo apenas reduzem a margem de aplicação do art.55º da CEDH.⁸³ o Projeto de Acordo devia incluir uma disposição que excluísse expressamente a possibilidade de os Estados-Membros levarem os litígios ao TEDH, quando esteja em causa direito material da União. Estamos perante situações complexas que envolvem Estados que são partes contratantes da Convenção e, simultaneamente, membros da União que, ao dirigirem-se a um tribunal, violam a competência de outro, prevista numa norma dos tratados fundadores.⁸⁴

A advogada-geral propõe que os Estados-Membros façam uma declaração conjunta em que se comprometem a não recorrer ao TEDH, por meio do art.33º da Convenção nestas situações, mas antes socorrerem-se dos meios do contencioso da União para reagirem contra a infração de outro Estado-membro ou da União. Esta solução, por um lado, permitiria ao TEDH recusar petições que consubstanciassem uma violação da competência do Tribunal de Justiça e adotar o princípio da subsidiariedade do art.35º, nº1 CEDH e, por outro, acatar as objeções do TJ e garantir a sua participação nestas disputas como órgão exclusivo para tal.⁸⁵

Muitos autores consideram que está é uma objeção injustificada, porque se relaciona com um problema interno de direito da União e não com a adesão à Convenção. Se um Estado remete um caso para o TEDH, violando o art.344º TFUE, a

⁸¹ Art.5º do projeto de acordo e parágrafo 74 do relatório explicativo.

⁸² Relatório explicativo do Projeto de Acordo, parágrafo 72.

⁸³ Parecer 2/13 do TJ, 18 de Dezembro de 2014, par. 207 e 208.

⁸⁴ Halberstam, Daniel, *"It ' s the Autonomy , Stupid !" A Modest Defense of Opinion 2 / 13 on EU Accession to the ECHR , and the Way Forward*, German Law Journal, Vol. 16, nº1, 2015, pág.118-120.

⁸⁵ Halberstam, Daniel, Special *" It ' s the Autonomy , Stupid !" (...)*.pág.120.

questão dever-se-ia colocar nos termos da violação do direito da União pelos próprios Estados-membros e não excluir a jurisdição do TEDH. É um problema que é independente da adesão.⁸⁶

2. Os novos mecanismos do Projeto de Acordo

A introdução de novos processos no projeto de acordo – mecanismo do corresponsável e processo de apreciação prévia - tem como objetivo garantir que não há lacunas relativamente à atribuição de responsabilidades na violação da Convenção e reforçar o caráter subsidiário do sistema da CEDH. Para tal foi também necessário proceder a alterações à Convenção, por exemplo pela adição do nº4 ao art.36º que dá o estatuto de parte ao corresponsável,⁸⁷ como enuncia o relatório explicativo.⁸⁸

Os novos processos estão previstos no art.3º do projeto de acordo e o que pretendemos perceber é a *ratio* destes mecanismos, a sua configuração e, à semelhança do que fizemos *supra*, proceder a uma análise crítica das objeções do TJ para, se possível, encontrarmos alternativas ou soluções que satisfaçam as suas condições.

2.1. O Mecanismo do corresponsável

I. O mecanismo da corresponsabilidade ou do *princípio da extensão da responsabilidade*⁸⁹ permite, verificados os pressupostos do art.3º, nº2 e nº3 do Projeto de Acordo, que a União e os Estados-membros se tornem partes, como corresponsáveis, num processo dirigido apenas contra um deles. No caso da UE, quando esteja em causa um ato ou omissão de um Estado-Membro que esteja a executar o direito da União (art.1º, nº4 PdA), os Estados tornam-se corresponsáveis quando esteja em causa uma norma dos tratados fundadores ou outro instrumento com o mesmo valor jurídico. Os processos são sempre relativos à violação da CEDH por aplicação do direito da UE, primário ou secundário; e tanto os Estados-membros como a União tornam-se partes legítimas no processo perante o TEDH.

⁸⁶*Ibidem*.

⁸⁷O mecanismo é diferente da intervenção de terceiros, prevista no art.35º, nº2 CEDH. Estes apenas podem submeter comentários e participar nas audiências, sem se tornarem partes no processo, nem ficarem vinculadas à decisão final. Com o corresponsável acontece o contrário. Se as condições para ser corresponsável num processo não se encontrarem preenchidas, nada impede que a EU participe no mesmo enquanto terceira parte.

⁸⁸Relatório Explicativo do Projeto de Acordo, par. 45 e 46.

⁸⁹Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par. 29.

O estatuto de corresponsável não pretende privilegiar a União, nem tampouco imputar-lhe responsabilidades por atos, medidas ou omissões de órgãos ou organismos que não atuem em seu nome ou estejam a executar o direito da União. Pelo contrário, uma das razões que motivou a introdução deste mecanismo foi a necessidade de evitar lacunas no que respeita à participação, responsabilidade e oponibilidade da Convenção e, através da correta instauração de recursos contra os Estados-membros e/ou UE, garantir a boa administração da justiça.⁹⁰ A participação da União na CEDH pode originar situações complexas de um órgão/instituição atuar ou aplicar o direito criado por outra, e dirigir-se uma queixa contra um Estado-Membro, quando na realidade, é a norma da União a potencial violadora. A corresponsabilidade visa evitar estas situações, chamando ao processo quem nele deve estar. Por outro lado, trata-se de adaptar o sistema da CEDH para a participação de uma organização supranacional, com os seus Estados-Membros e com a sua própria ordem legal.

Em termos de processo, o estatuto de corresponsável é atribuído pelo TEDH, que convida a parte contratante a tornar-se corresponsável ou aceita um pedido de uma parte contratante nesse sentido. Em qualquer dos casos, tanto o pedido, como a decisão do TEDH devem ser fundamentados e nunca são obrigatórias para a causa. Em termos de eficácia do processo atendendo aos objetivos que pretende atingir, há quem considere que o facto de depender da aceitação do corresponsável é uma fragilidade e que, estando numa fase avançada do processo, não o façam por preverem a sua condenação.⁹¹

II. O TJ considerou que analisar um pedido da União ou de um Estado-membro para se tornar corresponsável, nos termos do art.3º, nº5 do Projeto de Acordo, acarreta uma interpretação do direito da União relativo à repartição e competências e imputabilidade dos atos e omissões pelo TEDH que não é possível porque interfere com a repartição de competências entre a União e os Estados-membros.⁹²

Se for concedido o estatuto de corresponsável e comprovada a violação, os efeitos da decisão, que incide sobre a existência ou não de uma violação da CEDH e não sobre a validade de um ato em causa,⁹³ são vinculativos para o responsável e corresponsável,⁹⁴ segundo o princípio da responsabilidade comum do demandado e

⁹⁰Relatório explicativo do projeto de acordo, parágrafos 38 a 41.

⁹¹Besselink, Leonard, *Should the European Union Ratify (...)*, pág.17.

⁹²*Parecer 2/13 do TJ*, 18 de Dezembro de 2014, par. 218 a 225.

⁹³ Relatório Explicativo do Projeto de Acordo, par. 62.

⁹⁴*Idem*, par. 38 a 41.

corresponsável, nos termos do art.46º da CEDH. Para o Tribunal de Justiça, os efeitos da decisão devem ter em conta se o Estado-Membro em causa formulou alguma reserva, nos termos do art.57º da Convenção, relativamente à disposição infringida.⁹⁵ O facto de o projeto de acordo não prever nenhuma disposição que acautele este tipo de situações é contrária ao art.2º do Protocolo n.º 8.

A última objeção é referente à exceção do art.3º, nº7, parte final, que prevê uma exceção à responsabilidade comum quando o demandado e corresponsável apresentem argumentos concordantes nesse sentido.⁹⁶ O Tribunal de Justiça reprovou o facto do projeto de acordo sujeitar a decisão, primeiro, apenas à análise do TEDH e, depois, por depender da plausibilidade dos argumentos apresentados. Mesmo que decorra de um acordo entre as partes, implicaria novamente que o TEDH se pronunciasse sobre questões de repartição de competências, lesando a autonomia do direito da União que “(...) pressupõe que a União e/ou os seus Estados-Membros decidem, sob a sua própria responsabilidade e sem qualquer colaboração de órgãos externos à União, se um processo judicial afeta o Direito da União e se, por isso, se afigura necessária a participação no processo como corresponsável.”⁹⁷ No entender do TJ, a questão deve ser resolvida com base nas regras da União e, quando necessário, sob a sua fiscalização.⁹⁸ A advogada-geral chegou à mesma conclusão: permitir ao TEDH decidir sobre a exclusão da responsabilidade, implica uma interpretação das normas relativa à repartição de competências que, de forma a respeitar o princípio da autonomia do direito da União, só o TJ pode fazer.⁹⁹

III. É uma questão delicada porque confronta o objetivo de imputar a responsabilidade a quem deve, evitando lacunas, e preservar a autonomia do direito da União, numa área tão importante como a repartição de competências. É preciso compreender a dimensão da análise que cabe ao TEDH e se esta coloca em causa o princípio da autonomia de tal modo que se obstaculize a adesão e, assim, que o mesmo

⁹⁵*Parecer 2/13 do TJ*, 18 de Dezembro de 2014, par.226 e 227; Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, par.265.

⁹⁶Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475 par.178.

⁹⁷*Idem*, par.232.

⁹⁸*Parecer 2/13 do TJ*, 18 de Dezembro de 2014, par.234.

⁹⁹Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par.179.

se sobreponha ilimitada e injustificadamente a todos os objetivos que se pretendem alcançar com o acordo. A autonomia do direito da União foi, desde logo, uma preocupação dos autores do projeto, que esclareceram que a decisão sobre a corresponsabilidade de uma parte se limita a verificar se os argumentos apresentados preenchem as condições do art.3º, nº2 e 3 do Projeto e, posteriormente, a declarar a existência ou não de uma violação da Convenção, de maneira a não interferir com a repartição de competências.¹⁰⁰ Daí que nem sequer tenham incluído, no projeto de acordo, critérios para determinar a repartição de competências. A análise que o TEDH deve fazer é, à falta de melhor termo, meramente superficial, havendo mesmo quem os considere como parâmetros demasiado vagos.¹⁰¹ A medida de apreciação do tribunal de Estrasburgo é o mínimo possível porque é à União que compete desenvolver regras sobre a repartição e a imputação de responsabilidades.¹⁰² Aliás, o próprio TEDH, como vimos, quando confrontado com situações em que tem de resolver a complexa questão da repartição de competências e de responsabilidade entre os Estados-membros e a União, evita pronunciar-se sobre os mesmos. A isto acresce que qualquer uma das vias para ser corresponsável é voluntária e que a apreciação do TEDH não vincula nem as partes, nem as instituições, órgãos e organismos da União. Logo, a “reserva sobre as reservas” não faz sentido porque se um Estado formulou reservas relativamente àquela disposição não vai formular nem aceitar um pedido para se tornar corresponsável relativamente à violação de uma norma que não lhe é sequer aplicável.¹⁰³

É importante referir que, a intervenção de terceiros (art.36º CEDH) não é uma opção que possa substituir-se à corresponsabilidade, embora tenham pressupostos similares. A decisão que resulte do mecanismo do corresponsável é vinculativa para todas as partes do processo, produzindo os efeitos do art.46º da Convenção, contrariamente ao art.36º CEDH, cuja consequência última (e mais importante) é a proteção mais intensa dos direitos fundamentais relativamente ao direito da União.¹⁰⁴

O projeto tentou alcançar um equilíbrio que desse à UE e/ou aos seus Estados-membros liberdade para assumirem as suas responsabilidades no âmbito daquela

¹⁰⁰Relatório Explicativo do Projeto de Acordo, par.62.

¹⁰¹Krenn, Christoph, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13*, German Law Journal, Vol. 16, Nº 01, 2015, pág.152-153.

¹⁰²Lambrecht, Sarah, *The sting (...)*, pág.191-192

¹⁰³*Idem*, pág.191.

¹⁰⁴Lock, Tobias, *EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg*, European Law Review, 2010, issue 6, pág.785-786

organização; e ao TEDH analisar a plausibilidade dos fatores que os levam a assumir essas responsabilidades e subsumi-los nos critérios do projeto. Ainda assim, o TJ assume uma postura excessivamente inflexível e protecionista, centrando-se apenas na preservação do ordenamento jurídico da União e das suas competências. A consequência de ceder às suas objeções é que impedir que o TEDH, sempre que seja necessário, se pronuncie sobre a compatibilidade direito da UE, e assim, obstar à fiscalização externa que se pretende instituir com a adesão, se isso significar que a última palavra não é sua.¹⁰⁵

2.2. O processo de apreciação prévia

O processo de apreciação prévia ou *processo de fiscalização interna prévia* previsto no art.3º, nº6 do PdA, decorre da atribuição do estatuto de corresponsável à União Europeia. É formulada uma queixa contra um ato ou omissão dos Estados-Membros sobre a violação de normas da Convenção no TEDH (depois da exaustão dos meios judiciais internos) que analisa se a questão já foi apreciada pelo TJ, em sede de reenvio prejudicial (art.267º TFUE), e, caso não tenha sido, remete-lhe o processo para que leve a cabo essa apreciação. A apreciação que o TJ fará incide sobre a validade de uma norma de direito secundário ou sobre a interpretação de uma norma constante dos tratados ou instrumentos equivalentes, mas não sobre a queixa em si.¹⁰⁶ O relatório explicativo acrescenta que a decisão do TJ que resulte do mecanismo não vincula o TEDH.

O mecanismo cria uma ligação institucional entre os tribunais do Estrasburgo e de Luxemburgo e compatibiliza a jurisdição do TEDH sobre os direitos humanos com a do TJ enquanto interprete e aplicador por excelência do direito da União.¹⁰⁷ A criação do processo decorreu de pedidos do TJ,¹⁰⁸ que alertou várias vezes que a preservação das características do sistema judicial da União depende da oportunidade do Tribunal de Justiça se pronunciar sobre um ato ou norma da União que possa infringir a Convenção, antes de o TEDH proceder a essa fiscalização, de modo a garantir não só a subsidiariedade e legitimidade do sistema da Convenção, mas também as características

¹⁰⁵ Lazowski, Adam; Wessel, Ramses A, *When Caveats (...)*, pág.12-13.

¹⁰⁶ Relatório Explicativo do Projeto de Acordo, par.65.

¹⁰⁷ Gragl, Paul, *The Reasonableness of Jealousy : Opinion 2 / 13 and EU Accession to the ECHR Table of Contents*, pág.6-7.

¹⁰⁸ TJUE, *Documento de Reflexão sobre a adesão da União Europeia à CEDH*, Luxemburgo, 2010.

específicas da ordem jurídica europeia.¹⁰⁹ O TJ refere-se a pontos específicos do modo como o processo de apreciação prévia está desenhado que são suscetíveis se interferir com as competências da União e com as suas atribuições.¹¹⁰

Dar início ao processo implica averiguar se o TJ já se pronunciou sobre a questão: o TEDH deve remeter a questão para o Tribunal de Justiça se este ainda não se tiver pronunciado sobre ela ou se tiver dúvidas que já o tenha feito ou não. Surge o primeiro obstáculo: saber se o Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre determinada matéria é da competência exclusiva das instituições da União, cuja pronúncia vincula posteriormente o TEDH.¹¹¹ O TEDH não pode ser chamado a pronunciar-se ou a analisar a jurisprudência do TJ. Nem o projeto, nem o relatório indicam expressamente que a avaliação é feita pelo TEDH; mas também não o negam. Qualquer processo que desse entrada no TEDH deveria ser comunicada às instituições da União para que estas possam proceder a essa análise e, se for caso disso, serem elas a dar início ao processo de apreciação prévia. A questão não parece pôr-se neste termos para a advogada-geral, que defende que apenas os casos de fronteira colocariam em causa a autonomia do ordenamento da União, nomeadamente se o TJ não se pronunciou suficientemente sobre a compatibilidade de uma disposição com o direito fundamental incluído na CEDH então invocado ou se discutiu a questão de pontos de vista diferentes e, aí, só o TJ pode, com segurança, responder.¹¹² Assim, o TEDH estaria dispensado de dar início ao processo quando for manifesto que o TJ já se pronunciou sobre a mesma.

Por outro lado, o processo de apreciação prévia nos termos do projeto de acordo e do relatório explicativo não salvaguardam o princípio da competência exclusiva do TJ para interpretar o direito da União.¹¹³ Isto porque o relatório explicativo expressamente indica que a análise da compatibilidade do direito da União com a CEDH se limita a questões de validade do direito derivado e de interpretação do direito primário.¹¹⁴ O processo deveria, assim, permitir ao TJ fazer a sua interpretação do direito derivado, e não apenas a apreciação da sua validade, para, posteriormente, se aferir da compatibilidade deste com a CEDH. Caso contrário, esta seria levada a cabo pelo

¹⁰⁹ *Comunicação conjunta dos presidentes Costa e Skouris*, 24 de Janeiro de 2011; e TJUE, *Documento de Reflexão sobre a adesão da União Europeia à CEDH*, Luxemburgo, 2010, par.7, 9, 11,

¹¹⁰ *Parecer 2/13 do TJ*, 18 de Dezembro de 2014, par.247.

¹¹¹ *Idem*, par. 238.

¹¹² Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par. 182 e 183.

¹¹³ *Parecer 2/13 do TJ*, 18 de Dezembro de 2014, par. 246 e 247.

¹¹⁴ Relatório explicativo do Projeto de Acordo, par. 66.

TEDH, violando o princípio da competência exclusiva do TJ. A AG tem a mesma opinião e alerta ainda para o facto de a competência interpretativa dos tribunais da UE ter especial importância no âmbito dos direitos fundamentais por ser através dela que, na maioria das vezes, se conclui pela não contrariedade do direito da União, primário ou secundário.¹¹⁵

No geral, a compatibilidade do projeto com os tratados e com o princípio da segurança jurídica relativamente ao processo de apreciação prévia depende, na sua ótica, de um esclarecimento em que se preveja que o alcance material do processo de apreciação prévia se estende também à interpretação do direito derivado.¹¹⁶

3. Considerações finais

O parecer 2/13 contém uma carga negativa muito forte. Se a adesão já se apresentava como uma tarefa difícil, com a decisão do Tribunal de Justiça tornou-se ainda mais.

Não é possível dizer que não haverá adesão porque tal seria contrário aos Tratados; tampouco parece ser essa a posição do Tribunal de Justiça. O que sobressai do parecer é que o TJ quer uma adesão à sua maneira e medida. Na prática significa que o TEDH não deve exercer jurisdição sobre matérias da União que sejam particularmente sensíveis, que impliquem comprometer o nível de integração europeia em favor da proteção dos direitos fundamentais, que deve encontrar-se a um nível, se não inferior, pelo menos igual ao do Tribunal de Justiça, para não comprometer a sua jurisdição exclusiva. Sem dúvida, é um passo atrás no objetivo de alcançar um sistema de proteção dos direitos fundamentais com mais garantias e mais efetivo na Europa.

O projeto de acordo tentou equilibrar as exigências de todas as partes envolvidas e foi (ou tentou ir) de encontro às prerrogativas do Tribunal de Justiça incorporando aspetos que este considerou necessários para garantir a conformidade com os tratados, como a criação do mecanismo de apreciação prévia.¹¹⁷ Porém, vê-se na iminência de ser

¹¹⁵Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par.130.

¹¹⁶*Idem*, par.135.

¹¹⁷ TJUE, *Documento de Reflexão sobre a adesão da União Europeia à CEDH, Luxemburgo, 2010*, par. 8 e 9, TJUE, Maio 2010; TJUE, TEDH, *Comunicação conjunta dos presidentes dos tribunais Costa e Skouris*, Estrarburgo, 24 de Janeiro de 2011.

revisto para atender a novas exigências do Tribunal de Justiça. Independentemente do passo seguinte (e do tempo que demore a dá-lo), a adesão formal só será possível se for o Tribunal de Justiça, como guardião dos tratados e da legalidade na ordem jurídica da União, a dar um passo atrás nos seus dogmas de integração, o que passaria, primeiramente, pelo reconhecimento formal de outro Tribunal, cuja experiência pode enriquecer e estimular não só o TJ, mas também os tribunais dos Estados-Membros.

Muitos autores¹¹⁸ criticam a superficialidade e a abordagem demasiado formal com que o TJ abordou algumas questões. Para alguns, a reação foi de espanto e perplexidade, pois o TJ afirmou por diversas ocasiões que a proteção efetiva dos direitos fundamentais no seio da União passava necessariamente pela adesão à Convenção, assumindo o compromisso de o fazer. Por isso, é tristemente notória a preocupação do Tribunal, ao longo do parecer, em proteger a exclusividade da sua jurisdição até às últimas consequências e não querer que outro tribunal, que não ele, tenha a “última” palavra.¹¹⁹

Por fim, é importante realçar que a necessidade de fiscalização externa dos atos da UE não parte do pressuposto que os tribunais da União não são capazes de, idoneamente, apreciar os atos da União sobre direitos fundamentais, mas que, por um lado, que os Tratados não preveem essa competência em particular¹²⁰ e, por outro, que o TEDH traz uma perspetiva diferente, mais objetiva por não integrar o sistema jurisdicional da União.¹²¹ A adesão irá apenas formalizar um modelo de coexistência judicial, que já funciona em termos assimétricos de diálogo de juízes, caracterizado pela professora Maria Luísa Duarte como *triângulo judicial europeu*.¹²² A tutela judicial passará, então, a ser articulada com o TEDH.

¹¹⁸ International, Kluwer Law, *The EU's Accession to the ECHR – a “NO” from the ECJ*, Common Law Market Review, 2015, vol.52.

¹¹⁹ Rackow, Julia, *Strasbourg and Luxembourg: A Dialogue(...)*, pág.14-15.

¹²⁰ Quadros, Fausto de, *O Direito (...)*, pág.228

¹²¹ Callewaert, Johan, *To accede or not to accede: European protection of fundamental rights at the crossroads*, European Journal of Human Rights, Abril, 2014, pág.498-500.

¹²² Duarte, Maria Luísa, *O Tratado de Lisboa e o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Fundamentais*, em *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, coordenação Nuno Piçarra, Coimbra: Almedina, 2013.

Capítulo IV. A relação entre o reenvio prejudicial e o PT 16

1. O reenvio prejudicial: traços fundamentais

I. O processo do reenvio prejudicial previsto no art.267º TFUE é um mecanismo que permite aos tribunais nacionais dos Estados-membros da União Europeia colocar questões ao TJUE sobre a validade e interpretação de atos ou normas da União, que nasce da necessidade de resolver um caso concreto no tribunal nacional. É um juízo prévio a essa decisão – por isso, um juízo prejudicial.

A competência para decidir sobre questões prejudiciais deixou, desde o Tratado de Nice, de ser exclusiva e primordialmente do Tribunal de Justiça. Com esta revisão, também o Tribunal Geral passa a ter competência para decidir das questões prejudiciais, nos termos do art.267º, nº3 TFUE.

Contrariamente ao que acontece com outros mecanismo processuais do contencioso da União, o reenvio prejudicial não serve para reagir contra um ato nacional ou da União, mas sim para apreciar uma questão relativa à aplicação e interpretação do direito da União.

O âmbito material do reenvio prejudicial abrange a interpretação do direito da União, previstas nos Tratados e emanados de órgãos, organismos, instituições ou atos da UE e validade de normas de direito secundário (art.267º, 1º parágrafo).

II. A faculdade de utilizar este meio processual é apenas dos tribunais inferiores, mesmo que as partes no processo nacional o requeiram. Pelo contrário, os tribunais de última instância – tribunal cuja decisão não é suscetível de recurso judicial ordinário previsto no direito interno -¹²³ são obrigados a fazê-lo, apesar de o TJ ter vindo a admitir algumas exceções (ou limites) a esta obrigação.¹²⁴ A violação do dever de reenvio, quando não encaixe numa dessas exceções, para além de criar um clima de desconfiança entre as jurisdições nacionais e comunitárias,¹²⁵ pode levar à instauração de uma ação de incumprimento contra o Estado em causa que.¹²⁶

¹²³TJUE, Acórdão *Costa c. ENEL* Proc. 6/64, 15 de Julho de 1964.

¹²⁴TJUE, Acórdão *CILFIT* C-283/81, de 06 de Outubro de 1982.

¹²⁵Quadros, Inês, *A Função Subjetiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra: Almedina, 2006, pág.71-72; Martins, Ana Maria Guerra; Quadros, Fausto de – *Contencioso (...)*, pág.69-73 ISBN – 978-972-40-3084-5

¹²⁶Alguns autores não veem neste o melhor meio processual para a reagir à violação da obrigação de reenvio prejudicial – vide Quadros, Inês, *A Função Subjetiva (...)*, pág. 57 e ss.

São os tribunais nacionais, numa primeira linha, que analisam a necessidade objetiva e a pertinência das questões que formulam. A colaboração entre as jurisdições nacionais e da União tem fundamentalmente em conta o dever de não onerar o TJUE com questões abstratas ou hipotéticas, que em nada contribuem para a dirimir a questão principal, mas que contribuem para a boa administração da justiça.¹²⁷

III. O art.267º TFUE é omissivo relativamente aos efeitos das decisões prejudiciais. Dada a sua importância no contencioso da União, propiciou, desde logo, grandes discussões na doutrina. Apesar de o Tribunal de Justiça já se ter pronunciado em numerosos acórdãos (*Da Costa, Milch, Benedetti, CILFIT*)¹²⁸ sobre a questão, é crucial perceber, na lógica do sistema de reenvio prejudicial, qual a natureza e os efeitos das decisões de um pedido de apreciação prévia e proceder, posteriormente, a uma comparação com o processo de apreciação voluntária,

A análise dos efeitos não pode dissociar-se dos objetivos do processo das questões prejudiciais. Por isso, qualquer tese que sustente a cristalização da jurisprudência relativa às questões prejudiciais é contrária à colaboração e diálogo contínuo de juiz para juiz, bem como do aprofundamento e evolução do direito da União e deve, por isso, ser rejeitada.¹²⁹ Para o TJ a decisão que resultar da questão prejudicial vincula o juiz que remeteu a questão e os que venham a conhecer do processo em sede de recurso, naquela que parece ser uma aproximação à tese do precedente,¹³⁰ sem que com ela se confunda, pois esta funda-se numa relação hierárquica entre tribunais inferiores e superiores.

A decisão do caso em concreto não é da competência do Tribunal de Justiça, pertence exclusivamente às instâncias nacionais. No que toca à validade do direito interno dos Estados-membros, o TJ apenas pode fornecer ao juiz nacional os elementos interpretativos que lhe permitam aplicar o direito nacional de forma compatível com o

¹²⁷Gorjão-Henriques, Miguel, *Direito Comunitário: Sumários Desenvolvidos*, 4ª edição, Coimbra: Almedina, 2007, pág.288 e ss.

¹²⁸TJUE, Acórdão *Costa c.ENEL* Proc. 6/64, 15 de Julho de 1964 Acórdão *Milch*, processo 29/68, 24 de Junho de 1969, Acórdão *Benedetti*, Proc. 52/76, de 3 de Fevereiro de 1977, Acórdão *CILFIT* C-283/81, de 06 de Outubro de 1982

¹²⁹Mota de Campos, João; Ferreira, António Pinto; Mota de Campos, João L. - *O Direito Processual da União Europeia: Contencioso Comunitário*. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pág.490-493.; pág.491-492.ISBN 978-972-31-1516-1

¹³⁰Martins, Ana Maria Guerra, *Efeitos dos Acórdãos Prejudiciais do Artigo 177º do TR (CEE)*, AAFDL, 1988, pág.55

direito da União (por exemplo formular hipóteses de violação do direito da União). O juiz nacional não é obrigado a aplicar a norma em causa, mas se o fizer, deve fazê-lo nos termos da decisão prejudicial interpretativa – ou seja, a aplicação que o juiz nacional faz de uma norma deve basear-se na interpretação por ele requerida ao TJ. Parece até contraditório pois um tribunal nacional não é obrigado a remeter uma questão que não tenha influência no caso concreto; logo, à partida, não irá, depois da decisão do TJ, chegar à conclusão de que a não vai aplicar a norma comunitária justificando-se com a falta de pertinência.

A decisão vincula a instância nacional que levou a questão ao TJ, sem prejuízo de outras não o fazerem quando “(...) a questão suscitada é materialmente idêntica a outra que tenha sido objeto de uma decisão a título prejudicial num caso análogo (...)”.¹³¹ Ou seja, os efeitos que uma decisão prejudicial possa ter para além daquele caso concreto é nos casos em que um tribunal que esteja obrigado a remeter a questão considere que a mesma já foi decidida, remetendo para essa decisão. Também é possível que o juiz nacional suscite, ainda assim, uma questão para Luxemburgo, requerendo a apreciação retificativa ou confirmativa relativamente a uma decisão interpretativa já proferida.¹³² De qualquer forma, os efeitos repercutem-se na relação entre tribunais e, só indiretamente, afetarão as partes em litígio no processo principal.¹³³

No que toca ao âmbito temporal, o TJ defende que o sentido e o alcance das normas em causa devem ser entendidos nos termos por si definidos desde a sua entrada em vigor. A retroatividade das decisões justifica-se pelo facto de serem decisões com carácter declarativo e não constitutivo, pelos objetivos de uniformização da interpretação e aplicação do direito e pelo princípio da legalidade que exige as normas sejam corretamente interpretadas, desde o início.¹³⁴ No entanto, por questões de segurança jurídica, estes podem ser modelados (por si exclusivamente e não pelo juiz nacional) no sentido de produzirem efeitos apenas para o futuro, como acabou por fazer no caso *Defrenne II*.¹³⁵

¹³¹TJUE, Acórdão *CILFIT* C-283/81, de 06 de Outubro de 1982.

¹³²Mota de Campos, João; Ferreira, António Pinto; Mota de Campos, João L. - *O Direito Processual da União Europeia* (...)pág.423.

¹³³Martins, Ana Maria Guerra, *Efeitos dos Acórdãos* (...),pág.59 e ss.

¹³⁴Martins, Ana Maria Guerra; Quadros, Fausto de – *Contencioso* (...), pág.118-119. ISBN – 978-972-40-3084-5

¹³⁵TJUE, Acórdão *Defrenne II*, processo 43/75, de 8 de Abril de 1976.

As questões relativas à apreciação da validade reconhecem ou não alguma vicissitude no ato suscetível de o tornar inválido, normalmente com fundamento no art.263º TFUE. Se o tribunal declarar a invalidade do ato ou da norma, esta decisão é vinculativa para o tribunal nacional que suscitou a questão, que não irá aplicar direito que padeça de vícios. A esta obrigação acresce outra para a instituição, órgão ou organismo autor do ato/norma – o dever de reparar a situação de ilegalidade, através da remoção da ordem jurídica ou da sua alteração. Se, pelo contrário, o TJ decidir pela validade da norma, esta, se for o caso, deve ser aplicada pelo tribunal nacional que remeteu a questão, sem impossibilitar que o mesmo ou outros tribunais questionem novamente a validade daquele ato ou norma, mas com outros fundamentos. Os tribunais superiores que, à partida, são obrigados a remeter a questão ficam dispensados de o fazer, a não ser que a questão da validade surja em termos diferentes. A obrigatoriedade aqui, para o juiz autor da questão e restantes, é não recusar a aplicação do direito com fundamento na sua invalidade.

No mesmo sentido que os acórdãos interpretativos, as decisões que declaram a invalidade de um ato ou norma retroagem à data da respetiva entrada em vigor e podem, igualmente, ser restringidos durante o período de tempo que o juiz da União (exclusivamente) determine ou até que entre em vigor o ato que o irá substituir.

Se o tribunal nacional não seguir a interpretação do TJUE e não a aplicar o caso concreto, é o próprio Estado que incorre em incumprimento, podendo dar origem a uma ação por incumprimento (incumprimento por omissão), nos termos do art.260º, nº2 TFUE. A análise nesta sede prende-se com a análise do ponto 3 deste capítulo, para o qual remetemos.

2. O reenvio prejudicial enquanto garante da unidade, autonomia e coesão do direito da União

O TJ vê o processo do reenvio prejudicial como “a pedra angular” do sistema jurisdicional da União que, através de um diálogo institucionalizado entre os juízes nacionais e os juízes comunitários, assegura a interpretação coerente do direito da União e aplicação plena na ordem jurídica dos Estados-membros.¹³⁶

O mecanismo do reenvio prejudicial abriu caminho ao TJ para proferir os mais importantes acórdãos relativos aos princípios constitucionais da União, à relação do

¹³⁶ *Parecer 2/13 do TJ*, 18 de Dezembro de 2014, par. 174-176.

direito da União com os direitos nacionais (primado, efeito direto, interpretação conforme e responsabilidade do Estado por violação do direito da EU), e ainda para desenvolver questões essenciais do ordenamento da União.¹³⁷ Há autores que o consideram mesmo o meio processual mais importante do contencioso da União.¹³⁸

As dificuldades que podem surgir ao juiz comum do direito da União,¹³⁹ pelo facto de o direito da União ser relativamente novo, complexo e marcado por princípios específicos,¹⁴⁰ são, desde logo, mitigadas pelo art.267ºTFUE. Se lhes fosse dada a possibilidade de decidirem pelos meios ordinários de interpretação corria-se o risco de fracionamento e de incoerências na aplicação do direito da União nos diferentes Estados-membros da União, colocando em causa a uniformidade do direito da União, bem como a segurança jurídica.¹⁴¹ A colocação de questões ao TJ levou a uma definição precisa das obrigações decorrentes da ordem jurídica da União, contribuindo, assim, para o aprofundamento da integração europeia.¹⁴²

O processo culmina com a resposta do TJ, que serve aos restantes agentes nacionais e tem efeitos na ordem jurídica interna dos Estados e da União, através da “internalização do direito da União” e a “exportação do direito nacional”, num contexto de *cross fertilization*.¹⁴³ Isto significa que, da mesma maneira que os Estados-Membros incorporam na ordem interna a interpretação correta das normas da União fornecidas pelo tribunal de Luxemburgo, também o direito nacional, especialmente as normas e princípios constitucionais, são utilizados pelo TJUE na sua jurisprudência e, por conseguinte, aplicadas na ordem interna dos restantes Estados-Membros, permitindo um

¹³⁷Coutinho, Francisco Pereira, *Os Juízes Portugueses e o Reenvio Prejudicial*, em Duarte, Maria Luísa; Fernandes, Luís; Coutinho, Francisco Pereira, *20 Anos de Jurisprudência da União sobre Casos Portugueses: o que fica do diálogo entre os juízes portugueses e o Tribunal de Justiça da União Europeia*, Coleção Biblioteca Diplomática do MNE – Série A, 2011, pág.16. ISBN -978-989-8140-13-5

¹³⁸ Quadros, Fausto de, *O Direito da União (...)*, pág.581.

¹³⁹ Expressão utilizada pela primeira vez pelo TJUE no Relatório relativo a determinados aspetos da aplicação do Tratado da União Europeia, Relatório Anual 1995, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, Luxemburgo, 1996, que significa os tribunais nacionais, para além de aplicarem o direito nacional, estão também encarregues de aplicar genericamente o direito da União, em Coutinho, Francisco Pereira, *Os Juízes Portugueses e o Reenvio Prejudicial (...)*, pág.13.

¹⁴⁰ Mota de Campos, João; Ferreira, António Pinto; Mota de Campos, João L. - *O Direito Processual da União Europeia: (...)*, pág.354-357.

¹⁴¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114552>

¹⁴² Coutinho, Francisco Pereira, *Os Juízes Portugueses e o Reenvio Prejudicial (...)* pág. 15-16.

¹⁴³ *Idem*, pág.18-20

contínuo crescimento e expansão do alcance do direito da União, consolidação sistémica e interação entre juízes nacionais e europeus..¹⁴⁴

3. A relação de cooperação entre o TJ e os tribunais

O reenvio é o ponto forte do TJ, que tem competência exclusiva para interpretar e apreciar a validade das normas da União e, assim, garantir o princípio da uniformidade nas diferentes ordens jurídicas nacionais. A par da competência contenciosa e consultiva, o papel do TJ como *guardião dos Tratados*¹⁴⁵ é preponderante na direção e contornos que o direito da União toma. Apesar de não ser o tribunal por excelência para resolver questões ligadas aos direitos fundamentais, papel que pertence ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, compõe a tríade responsável pela sua proteção.

As questões relativas aos direitos fundamentais não são monopólio do TJ, nem sequer têm nos tratados um contencioso específico. Há, no entanto, uma responsabilidade partilhada entre os juízes da União e os nacionais na tutela destes direitos, que decorre do princípio da cooperação leal (art.4º, nº3 TUE) e se materializa no mecanismo do reenvio prejudicial (art.267º TFUE). Da relação de cooperação entre as duas jurisdições extraem-se algumas consequências: incompatibilidade com uma obrigação automática, incondicional e absoluta de reenvio;¹⁴⁶ que o TJUE não substitui o tribunal de recurso dos tribunais nacionais; por isso, não tem competência para revogar ou anular as suas decisões;¹⁴⁷ e que as decisões que resultam de um pedido, nomeadamente as relativas à interpretação de normas, devem ser aplicadas pelas instâncias nacionais nos termos interpretados pelos juízes de Luxemburgo. A violação destas prerrogativas atentaria contra o espírito de diálogo e cooperação, subjacente ao art.267º TFUE. Efetivamente, não existe uma relação de hierarquia entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça. Este não é um tribunal de recurso das decisões daqueles e, por isso, não pode revogar, nem anular as suas decisões. Não é o poder de

¹⁴⁴Piçarra, Nuno; Coutinho, Francisco Pereira, *A Europeização dos tribunais portugueses*, Working Paper nº18, 2006, Instituto Português de Relações Internacionais, Universidade Nova, disponível em <http://www.ipri.pt/index.php/pt/publicacoes-working-papers/working-papers/arquivo-wp/150-69>

¹⁴⁵Duarte, Maria Luísa, *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes, coordenação de Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 9787587031160

¹⁴⁶Duarte, Maria Luísa - *União Europeia e Direitos Fundamentais* (...), pág.386-387.

¹⁴⁷ TJUE, Acórdão *Humblot*, Proc. C 6/60, 16 de Dezembro de 1960.

autoridade ou subordinação hierárquica que (deve) motiva(r) o espírito de cooperação, mas antes um princípio de igualdade e de repartição material de competências. Estes exigem um clima de confiança mútua, que é motivado pela vontade de atingir o maior e melhor nível de proteção possível e pela inexistência de incoerências na aplicação do direito da União.¹⁴⁸ O diálogo judicial não pode reduzir-se à obrigação de formular questões, mas um instrumento que permite a adaptação aos direitos em presença, especialmente à identidade constitucional dos Estados-Membros.

A realidade, todavia, nem sempre acompanha a teoria. Por um lado, o TJ não se coíbe, ainda que indiretamente, de apreciar a validade do direito interno dos Estados-membros, como por exemplo, no acórdão *Simmenthal*,¹⁴⁹ em que realçou o dever que recai sobre as autoridades nacionais, especialmente as judiciais, de não aplicarem o direito interno que seja um obstáculo à plena eficácia das normas comunitárias e que, o respeito por esse dever passa, essencialmente, pelo cumprimento da jurisprudência em sede de reenvio prejudicial. Ou seja, através do reenvio, o TJ intervém de tal modo na ordem jurídica interna dos Estados que, no limite, a consequência é a anulação do direito nacional conforme a decisão do TJUE.¹⁵⁰

Por outro lado, a eficácia do processo depende muito da predisposição dos juízes nacionais para cooperarem e da forma como o encaram. No geral, o diálogo é mais intenso quando são questões para as quais o direito nacional não dá resposta, controversas ou de grande sensibilidade política. Mesmo quando seja obrigatório a formulação de questões, esta é minorada pela falta de meios para fiscalizar o seu cumprimento¹⁵¹ e pela dificuldade em colocar uma ação por incumprimento, nos casos em que os tribunais nacionais estão obrigados a remeter as questões prejudiciais e não o fazem.¹⁵² Do ponto de vista ideológico, é essencial perceber se o espírito cooperativo está intrinsecamente embutido na mentalidade dos juízes nacionais, não como um processo que questiona a sua atividade jurisdicional, mas que os coloca a par com o TJ e que os pretende auxiliar.¹⁵³ Daí que seja tão importante conhecer o direito da União, o

¹⁴⁸Duarte, Maria Luísa - *União Europeia e Direitos Fundamentais* (...), nota de rodapé pág. 403 e 404.

¹⁴⁹ TJUE, Acórdão *Simmenthal*, Proc. 106/77, 9 de Março de 1978, par. 20, 21 e 22.

¹⁵⁰ Mota de Campos, João; Ferreira, António Pinto; Mota de Campos, João L. - *O Direito Processual da União* (...), pág.

¹⁵¹Krenn, Christoph, *Autonomy and Effectiveness* (...), pág.154-156.

¹⁵²Quadros, Inês, *A Função Subjetiva* (...), considera-a como uma obrigação desprovida de sanção, pág.85

¹⁵³*Idem*, pág.82-83

próprio processo prejudicial e o reconhecer os tratados como a “carta constitucional”,¹⁵⁴ de modo a evitar problemas na aplicação judicial do direito da UE na sua ordem interna.

4. O Protocolo nº16 enquanto processo de decisão prejudicial voluntário

4.1.Considerações do Tribunal de Justiça

O PT 16 adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assinado a 2 de outubro de 2013, cria um mecanismo de decisão prejudicial voluntária pelo qual as altas instâncias jurisdicionais das partes contratantes podem colocar questões ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a interpretação da Convenção. É necessário que, pelo menos, 10 Estados contratantes da Convenção ratifiquem o protocolo para que este entre em vigor (art.7º PT16). Até ao momento¹⁵⁵ 8 Estados ratificaram e 10 assinaram, mas não ratificaram.¹⁵⁶

As considerações do TJ relativamente ao PT 16 vão na linha de todo o parecer e focam-se, sobretudo, na preservação da autonomia e unidade do direito da União. O TJ chega assim à conclusão que o processo previsto no PT 16 pode colocar em causa a autonomia e eficácia do processo do reenvio prejudicial (art.267º TFUE) quando estivessem em causa direitos reconhecidos pela Carta correspondentes aos da Convenção.¹⁵⁷ Com efeito, com a adesão, a Convenção será parte integrante do direito da União, mesmo que a União não ratifique o PT 16. Para o Tribunal de Justiça, o Projeto de Acordo não contém nenhuma disposição que permita articular estes dois mecanismos.

A advogada-geral vai para além do projeto de acordo e conclui que o problema não está na adesão, mas que esta vem apenas expô-lo.¹⁵⁸ Num contexto de não adesão, os Estados-Membros da União que são simultaneamente Estados contratantes da CEDH podem ratificar o Protocolo 16 e, nos direitos da Convenção que tenham correspondência na Carta podem sentir-se impelidos a remeter a questão para o TEDH e não para o Tribunal de Justiça. Logo, é um problema que não é causado diretamente pela adesão. A solução estaria na obrigação do art.267º, terceiro parágrafo TFUE dos supremos tribunais nacionais remeterem as questões sobre interpretação do direito da

¹⁵⁴Coutinho, Francisco Pereira, *Os Juízes Portugueses e o Reenvio Prejudicial (...)*, pág.. 26 e ss

¹⁵⁵8 de Janeiro de 2018

¹⁵⁶ https://www.coe.int/en/web/conventions/fulllist//conventions/treaty/214/signatures?p_auth=jOLF3P7v

¹⁵⁷*Parecer 2/13 do TJ*, 18 de Dezembro de 2014, par.197.

¹⁵⁸Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475, par.140.

UE para o TJ que, por ser direito da União, prevalece sobre qualquer outra prevista numa convenção internacional e no direito interno dos Estados-membros. Nestes casos, estariam vinculados a remeter a questão diretamente para o TJ.¹⁵⁹

Num cenário de adesão, mesmo que a UE não ratifique o protocolo, a CEDH passa a ser parte integrante do direito da União e, à semelhança do que acontece sem adesão, corre-se o risco de os Estados-membros colocarem questões sobre a interpretação da CEDH para Estrasburgo, em vez de o fazerem para o Tribunal de Justiça, o comprometendo o mecanismo do reenvio prejudicial.¹⁶⁰ Sendo a CEDH parte integrante do direito da União, o exercício da prevalência das normas do direito da União sobre o direito interno e convenções internacionais não é já possível. Apenas seria viável se se considerasse o direito primário e, portanto, o art.267º TFUE como tendo primazia sobre o direito secundário e, assim, as normas da Convenção.

Há quem afirme que os Estados-membros podem usar isso a seu favor para entrar num diálogo com o TEDH relativamente ao direito secundário da UE que lhes seja desfavorável, com o argumento de necessidade de conformidade com a Convenção.¹⁶¹ Mais uma vez, este é um problema que não está diretamente relacionado com a adesão.

Mesmo a possibilidade de trazer o TJ ao caso através do processo de apreciação prévia (art.3º, nº7 do Projeto de Acordo) não é suficiente e cria o risco de iludir o reenvio prejudicial.¹⁶² Efetivamente, os pressupostos do reenvio exigem, como vimos, que o processo se inicie nos tribunais nacionais e, em seguida, passe para o TJ.¹⁶³

4.2.Objetivos, estrutura institucional e legal do PT 16

I. A proposta de criar um processo voluntário vem já desde 2005, pela mão do Comité de Ministros na Terceira Cimeira de Chefes de Estado e de Governo dos Estados-Membros do Conselho da Europa, onde se chegou à conclusão que seria benéfico criar um sistema que permitisse aos tribunais nacionais colocar questões ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativamente à interpretação da Convenção e

¹⁵⁹*Idem*, par.141.

¹⁶⁰*Idem*, par.139.

¹⁶¹Halberstam, Daniel, “ *It ’ s the Autonomy , Stupid !* ” (...), pág.121-123.

¹⁶²*Parecer 2/13 do TJ*, 18 de Dezembro de 2014, par. 198.

¹⁶³Krenn, Christoph, *Autonomy and Effectiveness* (...), pág.147-148.

respetivos protocolos, de forma promover o diálogo entre estes, realçar o papel constitucional do TEDH¹⁶⁴ e reforçar a aplicação dos princípios da Convenção.¹⁶⁵ O diálogo que se quer estabelecer, sob o princípio da subsidiariedade, serve, ao mesmo tempo, para os tribunais nacionais assimilarem a sua responsabilidade na aplicação da CEDH.¹⁶⁶

Desta forma, o processo de decisão prejudicial voluntário ajudaria a clarificar disposições da Convenção, a jurisprudência de Estrasburgo e evitaria a aplicação e interpretação incorretas da Convenção pelos tribunais nacionais. Embora consubstancie, inicialmente, um acréscimo da atividade do tribunal, o objetivo a médio/longo prazo é reduzi-lo.¹⁶⁷

II. Processualmente, o PT 16 não é um mecanismo particularmente complexo, ainda que chame ao processo tribunais distintos: os nacionais e o TEDH. Parte da iniciativa dos supremos tribunais dos Estados Contratantes da Convenção que, na pendência e a partir das circunstâncias de um caso concreto, podem colocar, de forma fundamentada e o mais completa possível, questões de princípio relativas à interpretação e/ou aplicação dos direitos e liberdades previstos na Convenção. Estas condições servem para que haja uma ponderação, pelo tribunal nacional, da necessidade e utilidade daquela questão e que, ao fornecer as informações relevantes do caso, o TEDH se foque somente na questão de princípio sobre a interpretação e aplicação da Convenção.¹⁶⁸

As questões são dirigidas ao tribunal pleno que, tem o poder discricionário de recusar um pedido, mediante a apresentação de razões (art.2º, nº1 e 2 do PT 16), ainda que não seja de prever que o faça, quando as ações preenchem os requisitos necessários.

¹⁶⁴TEDH, *Relatório Explicativo do Protocolo nº16 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Estrasburgo, Outubro, 2013, par.1

¹⁶⁵Preâmbulo do Protocolo nº16 adicional à CEDH.

¹⁶⁶TEDH, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights: Izmir Declaration*, Estrasburgo, 2012, par.12 c).

¹⁶⁷TEDH, *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Opinion*, Estrasburgo, Março, 2012., par.2

¹⁶⁸TEDH, *Relatório Explicativo do Protocolo nº16 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Estrasburgo, Outubro, 2013, par. 11.

A necessidade de fundamentação, contrariamente ao art.43º CEDH, serve para reforçar o espírito de diálogo, inclusivamente do significado de “questões de princípio”.¹⁶⁹

A decisão sobre o âmbito material das questões não foi unânime. Peritos do Estado Holandês e Norueguês defenderam que deveriam cingir-se a problemas estruturais e do sistema da Convenção. Consequentemente, chegariam ao TEDH um número limitado de casos, mas que teria, ainda assim, repercussões em casos futuros e manteria o diálogo entre as jurisdições nacionais e Estrasburgo.¹⁷⁰ A redação final do artigo foi no sentido da reflexão do Tribunal Europeu¹⁷¹ e do *Group of Wise Persons*,¹⁷² inspirando-se (mas não se confundindo) no art.43º, nº2 da Convenção.¹⁷³ Assim, podem ser formuladas ao TEDH questões de princípio relativas à Convenção, por exemplo sobre a compatibilidade de legislação nacional, de uma norma ou determinada interpretação com a Convenção, mas não questões abstratas sobre a compatibilidade do direito nacional, que nada têm a ver com o caso que têm em mãos.¹⁷⁴

III. Por fim, os dois pressupostos essenciais: a faculdade de recorrer a este processo e a natureza não vinculativa das decisões.

A natureza (sempre) facultativa reside na possibilidade (e não na obrigação) de formular (e de retirar¹⁷⁵) as questões (art.1º PT 16) e tem fundamento no princípio da subsidiariedade.¹⁷⁶ O princípio da subsidiariedade e a margem de livre apreciação fundam todo o sistema da Convenção, partindo da premissa que são as autoridades nacionais que estão melhor posicionadas para avaliar as condições e necessidades locais e, assim, adotar um papel ativo de proteção e garantia dos direitos fundamentais.¹⁷⁷ A intervenção do TEDH só se justifica quando os meios nacionais (tribunais, governo,

¹⁶⁹*Idem*, par. 14 e 15.

¹⁷⁰TEDH, *Refletion Papper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Opinion*, Estrasburgo, Março, 2012, par. 27-29.

¹⁷¹*Ibidem*.

¹⁷²*Idem*, par. 27-29.

¹⁷³TEDH, *Relatório Explicativo do Protocolo nº16 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Estrasburgo, Outubro, 2013, par. 9.

¹⁷⁴TEDH, *Relatório Explicativo do Protocolo nº16 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Estrasburgo, Outubro, 2013, par. 10.

¹⁷⁵TEDH, *Relatório Explicativo do Protocolo nº16 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Estrasburgo, Outubro, 2013, par.7

¹⁷⁶Distinguem-se, por isso, dos pareceres consultivos do TEDH ao Comité de Ministros no âmbito do art. 47º a 49º da CEDH, TEDH, *Refletion Papper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Opinion*, Estrasburgo, Março, 2012, par.27.

¹⁷⁷TEDH, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights: Izmir Declaration*, Estrasburgo, 2012.

administração e parlamento) não forem suficientes para acautelar aqueles direitos. Desta forma, o mecanismo do PT 16 serviria para reforçar o papel dos agentes nacionais, em especial dos tribunais, na aplicação da Convenção e da jurisprudência do Tribunal.

As decisões que resultem do processo de decisão prejudicial voluntário, nos termos do art.5º do PT 16, não são vinculativas para o tribunal nacional que formula a questão. Isto significa que é o juiz nacional que decide se e como vai aplicar a disposição ao caso pendente, que é possível a apresentação de uma queixa individual posterior sobre a mesma matéria, no âmbito do art.34º CEDH.¹⁷⁸ No entanto, a interpretação que o TEDH faça da Convenção e seus Protocolos, por meio deste processo, tem o mesmo efeito que os elementos interpretativos contidos na sua jurisprudência (nos termos do art.46º CEDH),¹⁷⁹ nomeadamente a força da *res interpretata*, que reflete a obrigação que impende sobre os Estados contratantes de interpretarem e aplicarem as disposições da Convenção, nos mesmos termos que o TEDH, quando tenham de lidar com as mesmas questões.¹⁸⁰ A par da sua jurisprudência, formam o *case-law* do Tribunal e não servem só para decidir sobre aquele caso em concreto, mas para “(...) elucidar, salvaguardar e desenvolver as normas da Convenção (...)”.¹⁸¹ Os Estados contratantes não têm de esperar que o TEDH decida novamente sobre determinada matéria, quando um caso se assemelha, em termos de claridade e consistência, a decisões anteriores. Nestes casos, o que as autoridades nacionais devem fazer é aplicar a jurisprudência do TEDH aos factos novos que surgem no contexto particular daquela parte contratante.

O PT 16 entra, portanto, no espírito geral do sistema da Convenção relativamente à margem de livre apreciação dos tribunais nacionais quando executam as decisões do TEDH e, por isso, os juízes nacionais devem, sob pena de violação da CEDH, aplicar as disposições da Convenção conforme sejam interpretadas pelo tribunal

¹⁷⁸TEDH, *Relatório Explicativo do Protocolo nº16 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Estrasburgo, Outubro, 2013, par. 26.

¹⁷⁹*Idem*, par.27.

¹⁸⁰Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, “*Strengthening Subsidiarity : Integrating the Strasbourg Court ’ s Case law into National Law and Judicial Practice*”, Novembro, 2010; Arnardóttir, Oddný Mjöll, *Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights*, *European Journal of International Law* 28(3):819-843, August 2017, págs.824-826.

¹⁸¹TEDH, *Irlanda v. Reino Unido*, Proc. 5310/17, de 18 de Janeiro 1978, par. 154.

de Estrasburgo.¹⁸² Assim, embora formalmente as opiniões consultivas do TEDH não vinculem os Estados, como acontece no âmbito do art.46º CEDH, na prática têm efeitos análogos.¹⁸³ Tomamos como exemplo as opiniões consultivas do Tribunal Internacional de Justiça ou do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos que, pese embora não sejam vinculativas, têm efeitos legais inegáveis, que não se limitam ao Estado ou órgão que requereu a opinião do tribunal.¹⁸⁴ Os critérios de interpretação que são explicados e utilizados nas opiniões consultivas são expressamente referidos nos casos ligados ao contencioso, reforçando, assim, a sua legitimidade e os critérios de aplicação dos instrumentos legais nos quais se baseiam.¹⁸⁵ Serve isto para demonstrar que as decisões não têm, necessariamente, de ser vinculativas para que sejam eficazes e atinjam os efeitos pretendidos, desde que os juízes e autoridades nacionais estejam, *ab initio*, conscientes da importância da sua utilização para reforçar a sua própria legitimidade.

IV. A adoção do PT 16 não é pacífica na doutrina. As vozes dissidentes alertaram que a introdução deste tipo de processo é suscetível de causar (ainda mais) atrasos na tramitação dos processos nos tribunais nacionais onde está pendente a causa,¹⁸⁶ facto que é agravado se a União Europeia o ratificar. Por outro lado, a natureza não vinculativa das decisões cria o perigo dos tribunais nacionais não adotarem os parâmetros interpretativos, colocando em causa a autoridade do TEDH, em vez de a reforçar. A dificuldade atual de execução das decisões do TEDH não está necessariamente relacionada com motivos de natureza política ou estratégica, ainda que alguns Estados-Membros da Convenção critiquem duramente o sistema da Convenção e o papel do Tribunal, por considerarem que interfere excessivamente nas decisões nacionais, particularmente em questões de valor constitucional,¹⁸⁷ o que levanta o

¹⁸² Gerards, Janneke, *Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 21, 2014, pág.643-644.

¹⁸³ TEDH, *Relatório Explicativo do Protocolo nº16 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Estrasburgo, Outubro, 2013, par.27

¹⁸⁴ Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, “*Reports of the Inter-American Commission on Human Rights* (art.51 American Convention on Human Rights)”, *advisory opinion OC-12/97*, Novembro 1997, par.26.

¹⁸⁵ Alguns exemplos: no Tribunal Internacional de Justiça, caso relativo à aplicação da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, caso *Georgia v. Russian Federation*, 1 de Abril de 2011 (preliminary objections); na Corte InterAmericana, caso *Juvenile Reeducation Institute v. Paraguay*, judgment of 2 September 2004, § 245, Series C No. 112

¹⁸⁶ TEDH, *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Opinion*, Estrasburgo, Março, 2012,

¹⁸⁷ Gerards, Janneke, *Advisory Opinions, (...)*, pág.645-646.

debate sobre a efetiva existência de margem de livre apreciação e o respeito pelo princípio da subsidiariedade.¹⁸⁸ A complexidade técnica de algumas decisões e as respetivas implicações financeiras, que cabem à própria Convenção gerir¹⁸⁹, são alguns fatores que condicionam a adoção e execução plena dos acórdãos do TEDH. No entanto, é improvável, atendendo à postura atual, que um tribunal nacional requeira uma interpretação e que depois não a respeite. O facto de aplicar a Convenção nos mesmos termos que o seu Tribunal por excelência acaba mesmo por reforçar a autoridade e legitimidade dos juízes e autoridades nacionais.¹⁹⁰ Há casos em que decorre mesmo de normas nacionais de alguns Estados contratantes a obrigação de atender à jurisprudência de do tribunal de Estrasburgo e adaptar a legislação nacional à mesma.

O ceticismo perante a extensão do processo de apreciação prejudicial, mesmo que voluntário, deve-se também ao seu carácter voluntário e não obrigatório. Tal como acontece com o reenvio prejudicial do art.267º TFUE, para os tribunais inferiores, a sua eficácia depende, em grande parte, da vontade dos juízes para formularem questões.

Há quem afirme ainda que o processo cria o risco de esvaziar o conteúdo do princípio da margem de livre apreciação que confere aos Estados a possibilidade de darem uma proteção superior à prevista na Convenção.¹⁹¹ Se a Convenção estabelece o mínimo, a interpretação do TEDH e a posterior aplicação pelo TJ irão nesse sentido. Este risco é agravado pelo facto de o catálogo de direitos previstos na Carta e mesmo nos Tratados ser mais extenso do que os da Convenção, sobre os quais o tribunal de Estrasburgo não tem competência.

Numa fase em que o PT 16 ainda não entrou em vigor é difícil analisar a sua repercussão nas ordens jurídicas nacionais da mesma forma que fazemos no reenvio prejudicial e se alcançará os objetivos pretendidos. Neste momento só é possível projetar, atendendo à postura dos tribunais perante a Convenção e a jurisprudência do TEDH e das autoridades nacionais relativamente aos tribunais nacionais e afirmar que, se for bem-sucedido, será uma grande mais-valia para o sistema europeu de proteção dos direitos fundamentais.

¹⁸⁸ Conselho da Europa, *Draft CDDH report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights*, Estrasburgo, Novembro de 2015, par.95.

¹⁸⁹ *Idem*, par.25.

¹⁹⁰ TEDH, *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Opinion*, Estrasburgo, Março, 2012, par. 7 e 8

¹⁹¹ Lock, Tobias, *ECHR Accession (...)*, pág.794-795.

4.3.Reenvio prejudicial *versus* processo de apreciação prévia voluntária

São dois mecanismos diferentes que se integram em sistemas e estruturas diferentes que, por sua vez, servem objetivos diferentes, apesar das similitudes processuais. A transposição do processo do reenvio prejudicial do art.267º TFUE foi discutida, mas o *Group of Wise Persosns* acabou por concluir que o sistema judicial que caracteriza a Convenção, especificamente a necessidade de exaustão das instâncias jurisdicionais internas, não estaria apto para receber tal mecanismo e que fazê-lo causaria problemas práticos e legais e resultaria num aumento (desnecessário) de casos no TEDH, pelo que seria necessário criar um mecanismo específico.¹⁹² Institucionalizar o diálogo judicial é um instrumento que auxilia o Conselho da Europa e a União Europeia a concretizar o objetivo último de proteger os direitos conferidos aos particulares.

A harmonização e uniformização que tem obtido, no seio da UE, através do reenvio prejudicial não é o objetivo cimeiro do PT 16. O sistema intergovernamental da Convenção comporta um conjunto de sistemas jurídicos muito diferentes e complexos que apenas permite desenvolver os princípios e direitos contidos na Convenção, que serão aplicados pelas autoridades nacionais nas respetivas ordens internas. Sem prejuízo da harmonização que tenda a existir na aplicação da CEDH, o que se pretende com o PT 16 é estimular uma interação mais próxima entre os tribunais nacionais e o TEDH que irá auxiliar os tribunais nacionais, numa fase inicial dos julgamentos¹⁹³ quando aplicam a Convenção e não necessariamente a aplicação uniforme do direito, como no reenvio.

As semelhanças processuais, no entanto, são de tal modo manifestas que é mesmo tentador (e apressado) dizer que são mecanismos iguais que apenas se aplicam a jurisdições diferentes. Ambos são despoletados a partir de um caso que está a ser julgado nas instâncias nacionais, do qual surge uma questão (no caso do PT 16 apenas interpretativas) que é dirigida para o tribunal previamente determinado e competente para tal, o TEDH ou o TJ, para que indique a correta interpretação da disposição ou disposições em causa. Não obstante operarem em contextos e sobre instrumentos jurídicos diferentes, no final têm resultados idênticos: aproximam as jurisdições

¹⁹²Comité de Ministros do Conselho da Europa, *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, 979bis Meeting, Novembro 2006, par.79-80.

¹⁹³Gerards, Janneke, *Advisory Opinions*, (...), pág.637-638.

nacionais das europeias e comunitárias e previnem divergências na interpretação e aplicação das normas sobre as quais se debruçam.

As diferenças estão intimamente ligadas aos diferentes objetivos que prosseguem e detêm-se nos pontos que cremos serem os fundamentais: a obrigação de suscitar as questões que impende sobre os juízes nacionais; e a eficácia/efeitos das decisões. O processo de apreciação voluntária do PT 16, contrariamente ao que acontece no art.267º, par. 3TFUE, não obriga os juízes das mais altas instâncias a suscitarem questões para o TEDH sobre a interpretação da Convenção. Isto não significa necessariamente que sejam formuladas mais questões. No caso português, por exemplo, apesar do número de questões ser, no geral, reduzido, muitas são efetuadas pelos tribunais inferiores, nomeadamente tribunais administrativos, que não estão abrangidos pela obrigação do art.267º, par.3 TFUE.¹⁹⁴ Há mesmo quem afirme que, à semelhança do que acontece com o reenvio prejudicial, a eficácia do PT 16 pode ser maior se os tribunais inferiores estiverem habilitados a fazê-lo.¹⁹⁵ Por outro lado, o facto de serem só os tribunais superiores que podem formular questões, implica que esta aconteça numa fase já avançada do processo em que já houve, à partida, muito debate sobre aquela questão, sem que o TEDH tenha tido intervenção; e que os tribunais inferiores dos Estados-membros da União, por exemplo, podem já ter remetido uma questão prejudicial para o TJ, referente à Carta, e este pode já ter-se pronunciado, esvaziando de conteúdo a questão no TEDH. Não é necessariamente negativo porque o TEDH pode beneficiar dessas situações, tornando a sua decisão mais fácil por ter ao seu dispor todo um cenário de discussão.¹⁹⁶

A obrigatoriedade ou não das decisões tem grande relevância porque, em princípio, define o impacto nas ordens jurídicas internas. O facto de as autoridades nacionais aplicarem a jurisprudência do TEDH a factos novos que surjam no seu contexto particular, por via da *res interpretata*, permite uma penetração e influência da jurisprudência do TEDH nos tribunais nacionais, talvez maior do que nos sistemas tradicionais da regra do precedente.¹⁹⁷ Neste sentido, independentemente de quem considere que as decisões não são comparáveis,¹⁹⁸ poder-se-ia dizer que há uma

¹⁹⁴Coutinho, Francisco Pereira, *Os Juízes Portugueses e o Reenvio Prejudicial* (...), pág.27 e ss.

¹⁹⁵Gerards, Janneke, *Advisory Opinions* (...), pág.641-643.

¹⁹⁶*Idem*, pág.649-650.

¹⁹⁷Arnardóttir, Oddný Mjöll, *Res Interpretata, Erga Omnes Effect* (...), pág.830-831.

¹⁹⁸TEDH, *Refletion Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Opinion*, Estrasburgo, Março, 2012, par. 42

aproximação à força das decisões do TJ quanto às questões prejudiciais, que pode ser, desde logo, um bom indicador quanto da sua (futura) eficácia.¹⁹⁹

A nosso ver, a diferença crucial não está tanto nos aspetos procedimentais, mas no facto de se estabelecerem sob sistemas díspares. Por um lado, o sistema intergovernamental do Conselho da Europa que funciona sob o princípio da subsidiariedade e da margem de livre apreciação, numa relação equiparada e mais próxima. Por outro, a UE, como organização supranacional, prevê o reenvio prejudicial nos tratados fundadores como parte do seu contencioso e é uma decorrência direta do dever fundamental de cooperação leal. O TJ assegura que *todo* o direito da sua organização supranacional é correta e uniformemente aplicado e pode, eventualmente, coincidir com a proteção de um direito fundamental previsto na Carta ou na Convenção. Enquanto que o processo de apreciação voluntário é limitado à interpretação da Convenção. Mais facilmente atribuímos um nível de diálogo de pares entre o tribunal de Estrasburgo e os tribunais nacionais, do que entre estes e Luxemburgo, por muito que se queira atingir. Este tipo de diálogo deve nascer, como explica a professora Maria Luísa Duarte, de um espírito de confiança mútua, que não cremos que exista (ainda) no processo de integração. O reenvio prejudicial, mesmo que acidentalmente, tem uma grande carga autoritária que não dá grande margem de manobra aos tribunais nacionais. Isto é, visível, por exemplo, nos efeitos temporais dos acórdãos prejudiciais, que se aplicam desde a entrada em vigor da norma. Pelo contrário, a relação entre o TEDH e nacionais os tribunais nacionais, pelo princípio da margem de apreciação e da subsidiariedade está mais próxima de uma relação de pares, em que os tribunais nacionais compreendem e interiorizam melhor o seu papel no sistema europeu de proteção de direitos fundamentais, mesmo que tenham *a obrigação* de atender à jurisprudência daquele tribunal. Os efeitos dos processos tendem a ser os mesmos; mas o que os funda não é, o que faz toda a diferença.

Chegados aqui, cabe perguntar: *os processos são incompatíveis da forma como o Tribunal de Justiça os expõe ou é possível conciliá-los, sem que os respetivos objetivos sejam comprometidos? Como?*

¹⁹⁹Gerards, Janneke, *Advisory Opinions*, (...), pág.643-644.

4.4.Como aderir à CEDH sem comprometer o reenvio prejudicial e sem ratificar o PT16?

O problema não está na adesão à Convenção, nem sequer na ratificação do PT 16; mas sim na natureza do direito da União e a relação deste com o direito interno e com a predisposição dos agentes internos para adotarem medidas, reverem legislação e estarem em contato permanente com as instituições, órgãos e organismos da União. Alguns autores apelidam-no como a externalização, pelo TJ, de problemas internos da UE, que se deveriam resolver “dentro de portas”.²⁰⁰

Num cenário de adesão, a CEDH fará parte integrante do direito da União e, por isso, o TJ terá competência para a interpretar e avaliar a compatibilidade do direito da União. Tendo isto em mente, a conclusão a que a AG chega não é suficiente para tornar o PT 16 válido à luz das considerações do TJ, particularmente para acautelar as situações dos Estados-membros que, ao abrigo do PT 16, remetem para o TEDH questões sobre a interpretação da Convenção, em vez de o fazerem para o TJ. Mesmo o mecanismo de apreciação prévia que, nos termos do projeto de acordo, é processualmente desencadeado quando a União se torna corresponsável, não assegura a eficácia e autonomia do reenvio; pelo contrário, aumenta o risco de o iludir. Não é esta a intenção do PT 16, nem do TEDH que acredita que o TJ poder-se-ia servir do processo para reforçar a autonomia do direito da União.²⁰¹

É difícil equilibrar as exigências do TJ com os objetivos da adesão. Vedar ou dificultar o acesso dos Estados-membros (e contratantes) que necessitem de auxílio na interpretação ou aplicação de disposições da Convenção é frustrar não só os objetivos do PT 16, mas de todo o sistema da Convenção. Não é um impedimento absoluto porque os Estados-Membros podem sempre dirigir-se ao Tribunal de Justiça. No entanto, a sua jurisprudência relativamente à Carta é ainda recente e inicial, comparativamente à do TEDH sobre a Convenção. Aliás, este pode ser mesmo um dos fatores que contribuiu para a sua resposta negativa: o TJ quer adiar a adesão para poder desenvolver a sua jurisprudência sobre os direitos fundamentais, particularmente sobre a Carta dos Direitos Fundamentais. Independentemente de quais sejam as suas motivações, o TEDH, cuja experiência assegura a aplicação atual e contextualizada das

²⁰⁰ Lambrecht, Sarah, *The sting (...)*, pág.198.

²⁰¹Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Opinion, Estrasburgo, Março, 2012, par.27.

suas disposições, é o tribunal por excelência para interpretar a Convenção. Logo, as dúvidas que surjam aos tribunais nacionais devem ser resolvidas pelo tribunal cuja experiência dê mais garantias de proteção.

Todavia, esta prerrogativa conflitua com uma outra que já referimos: com a adesão, a CEDH fará parte integrante do direito da União e, por isso, o TJ terá competência para a interpretar e avaliar da compatibilidade do direito da União com a CEDH. Assim, qualquer questão sobre a interpretação da Convenção, como direito da União deve ser encaminhada, primeiramente, para o Tribunal de Justiça.

Descurando, para já, as dificuldades, relativas à renegociação do projeto de acordo, este poderia conter uma disposição semelhante à do art.3º, nº6 para o processo de apreciação prévia, em que previsse a obrigação dos tribunais nacionais remeterem questões (de interpretação e não de incompatibilidade) relacionadas com a CEDH primeiramente para o Tribunal de Justiça e, este, atendendo à sua capacidade de lidar ou não com a situação referi-la, posteriormente para o TEDH, num *processo de apreciação prévia invertido*. A questão sobre uma disposição da CEDH (e não de direito comunitário derivado) seria dirigida primeiro ao TJ, por via do reenvio prejudicial, e só depois para o TEDH. Não resulta do estatuto de corresponsável porque não está relacionada com a validade de atos ou decisões dos órgãos, organismos ou instituições da União. Esta solução não exclui, pelo menos em termos absolutos, o acesso dos tribunais nacionais ao TEDH, mas, para os Estados que ratifiquem o PT 16, dificulta a concretização do objetivo de aproximar as respetivas jurisdições, através de um contacto direto. Estaríamos, portanto, perante uma relação subsidiária, pois só no caso de necessidade o TJ se irá dirigir ao TEDH.

Se eventualmente, a União aderir e ratificar o PT 16, a renegociação não seria necessária. Este serviria como complemento ao reenvio prejudicial e poria em funcionamento ativo a tríade europeia, num único num processo: com a adesão o TJ passa a ser competente para interpretar a Convenção, por isso podem ser-lhe colocadas questões, através do reenvio prejudicial, que ele mesmo remete, ao abrigo do PT 16 (como tribunal da UE), para o TEDH. É um contencioso em marcha, mesmo que importe um atraso significativo quanto à sua resolução na jurisdição nacional.²⁰² Num cenário destes, é o próprio TEDH a estimular a utilização do processo de apreciação

²⁰² Lock, Tobias, *EU Accession to the ECHR (...)*, pág.794-795.

voluntário pelo Tribunal de Justiça da UE. Ao invés de encarar este mecanismo como uma sujeição ao TEDH suscetível de colocar em causa a autonomia e autoridade do TJ, ele deve ser visto como um direito deste a obter a melhor interpretação, e consequentemente aplicação da CEDH²⁰³, que só pode ser dada pelo seu tribunal por excelência, tal como acontece com o TJ relativamente ao direito da União. A ratificação pode mesmo acarretar situações de envolvimento das três jurisdições que, com a devida coordenação, podem alcançar níveis de proteção dos direitos fundamentais nunca antes imaginados no seio da União Europeia.

Portanto, a adesão pode estimular uma maior utilização do reenvio prejudicial pelos tribunais nacionais, mas a finalidade última é assegurar que não a prejudica por impelir os tribunais nacionais a dirigem questões diretamente para o tribunal de Estrasburgo, sem que o TJ se pronuncie primeiro. O reenvio prejudicial é um processo fundamental no sistema jurisdicional instituído pelos Tratados,²⁰⁴ pelo que aderir a um Protocolo que ponha em risco o seu funcionamento e, consequentemente, a autonomia e uniformidade do direito da União não seria legítimo nem desejável.

²⁰³ *Ibidem.*

²⁰⁴ *Parecer 2/13 do TJ*, 18 de Dezembro de 2014, par.176.

Capítulo V. O futuro da adesão da UE à CEDH

A União e os Estados-membros reconheceram que a CEDH não poderia fazer parte do ordenamento da União apenas como princípio geral de direito, mas seria uma convenção à qual se vincularia e se submeteria, sob a condição de a identidade da União como organização supranacional não se perder. É certo que a adesão comporta uma mudança, sobretudo, ao nível do contencioso da União que não é fácil de implementar por todos os agentes envolvidos. Ainda assim, era de esperar uma postura mais cooperativa e de empenho para encontrar um equilíbrio entre os objetivos da adesão e a preservação das características da União, do que a que marcou o parecer. A decisão representa, de uma maneira geral, um retrocesso no que toca à proteção consolidada e eficaz dos direitos fundamentais, no reconhecimento da metodologia da Convenção e das decisões do TEDH, no espírito de diálogo e cooperação que se desenvolveu até então e uma descrença na sinceridade do compromisso da adesão.²⁰⁵

O facto de a adesão estar prevista nos tratados intensifica a responsabilidade e premência de encontrar uma solução, sobretudo porque o processo de integração europeia, bem como o contexto político, social, cultural e económico exige um nível de proteção e segurança jurídica equivalentes. Por isso, não pode ser uma questão que fica na gaveta até que uma situação excecional force novamente a sua revisão.

Independentemente de todas as críticas que foram lançadas ao parecer e à postura protecionista que o TJ adotou é hora apanhar os cacos. Formalmente, implica saber, com acabámos de ver, quais são os caminhos possíveis a tomar depois do parecer. “Informalmente” é perceber qual o impacto no diálogo judicial (informal) que tem marcado a relação entre os tribunais.

1. Possíveis soluções para o impasse

Neste momento importa perceber se, atendendo às causas que incompatibilizam o projeto com os tratados fundadores, é possível ajustá-las de maneira a estarem conformes com aquilo que os Estados-membros perspetivaram com o art.6º. nº2 TUE e de acordo com os tratados, da maneira que o TJ as fixou; se o projeto deve manter-se nos mesmos moldes e proceder-se, ao invés, a uma revisão dos Tratados; ou se há alguma outra alternativa.

²⁰⁵Besselink, Leonard, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, Dezembro 2014.

O art.218º, nº11 TFUE prevê que, se o parecer for negativo, o acordo não pode entrar em vigor, a não ser que seja alterado ou se proceda a uma revisão dos Tratados.

Vimos que o projeto resultou de um longo período de negociações, estudos e conferências que juntou num grupo de trabalho representantes da UE e do Conselho da Europa. Alguns autores²⁰⁶ defendem a renegociação como o caminho mais viável, mas alertam para os possíveis bloqueios e pouca abertura sobretudo dos Estados que não são membros da União. Estas podem passar por exigir a faculdade de eles próprios fazerem alterações ao projeto e que estas sejam aceites da mesma forma que o foram no passado para a UE.²⁰⁷ Mesmo no seio da UE, iniciar novas negociações requer uma decisão unânime do Conselho Europeu nesse sentido (art.218º, nº1, a), ii) e nº8 TFUE), cujo consentimento foi já difícil de obter na primeira ronda de negociações.

A renegociação pode passar por resolver as questões jurídicas, mas também ultrapassar os constrangimentos políticos que motivam o TJ e encontrar um equilíbrio entre estes, o espírito da Convenção e os objetivos da adesão. Alguns pontos do parecer são mais facilmente ultrapassáveis que outros através, por exemplo, de uma declaração conjunta dos Estados-membros, que se comprometem a não remeter questões para o TEDH; ou a formulação de reservas relativamente às matérias em que o princípio da proteção da confiança é mais preponderante. Outros podem passar por um apontamento ou modificação da forma como o projeto está exposto que deem as garantias que o TJ exige – não porque o TJ exige, mas porque efetivamente não comprometem princípios fundadores do direito da União. Relembrando que algumas objeções do TJ não estão diretamente ligadas com a adesão, não são sua consequência, mas do próprio sistema da União Europeia, que, por isso, devem ser resolvidos internamente.

A revisão dos tratados, por outro lado, é a opção mais difícil e morosa, não obstante ter sido a solução adotada depois do parecer 1/94 do TJ. No parecer 2/13, para além do número de objeções ser superior, as relativas a questões substanciais, como a

²⁰⁶Lock, Tobias, *Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR*, *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 18 December 2014 - <http://verfassungsblog.de/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu-2/>

²⁰⁷A delegação Russa, aquando do pedido para reabrir as negociações por alguns Estados-Membros da União, exigiu que o mesmo fosse possível para as outras partes contratantes da Convenção e que fossem negociadas entre as 47 partes contratantes da Convenção e a União e não entre um bloco que pertence à União Europeia e um bloco que não pertence.

autonomia e natureza do direito da UE, são mais difíceis, senão impossíveis de ultrapassar com uma revisão.²⁰⁸

Há quem defenda uma outra alternativa: a adoção de um *notwithstanding protocol*²⁰⁹, que consiste, essencialmente, numa declaração de adesão à Convenção, que tenha em atenção o art.6º, nº2 TUE, o Protocolo nº8 relativo ao nº2 do art.6º do TUE e o Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça, de 18 de Dezembro de 2014. A adoção deste protocolo asseguraria, simultaneamente, as objeções do parecer e o art.218º TFUE relativo à revisão dos tratados e, à partida, contaria com o consentimento dos vinte e quatro Estados-membros que concluíram pela compatibilidade do Projeto com os Tratados.²¹⁰ Esta alternativa parece ser mais facilmente concretizável do que renegociar as questões apontadas pelo TJ ou fazer uma revisão propriamente dita dos tratados.

Uma outra forma de “salvar” o projeto é pela via interpretativa, interpretações das disposições do projeto que o TJ considerou como comprometedoras do direito da União ou que não foram suficientemente concretizadas nem no projeto, nem no relatório explicativo, de maneira a ir ao encontro das preocupações do Tribunal.²¹¹ Ou então pela formulação de reservas.²¹² A dificuldade, no entanto, manter-se-ia pois as reservas não podem ser demasiado gerais nem abrangentes e as declarações interpretativas podem não ser suficientes para atender à dimensão das questões levantadas pelo TJ.

2. Depois do parecer: evolução da relação de Estrasburgo e Luxemburgo

O futuro da relação entre o TJ e o TEDH irá necessariamente repercutir-se nas relações com os respetivos tribunais nacionais porque é o funcionamento conjunto das três jurisdições (da União, europeia e nacional) que potencia uma verdadeira proteção dos direitos fundamentais na Europa.

A primeira reação foi do presidente do TEDH que, no Relatório Anual de 2015, manifestou a sua surpresa e desilusão relativamente à decisão do TJ. A ideia geral que subjaz é que Estrasburgo irá reforçar o escrutínio relativamente aos atos dos Estados

²⁰⁸Freundlich, Petri, *The Autonomy of EU Law (...)*, pág.44-45.

²⁰⁹Besselink, Leonard, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, Dezembro 2014.

²¹⁰Parecer 2/13 do TJ, 18 de Dezembro de 2014, par.108 e 109.

²¹¹Lazowski, Adam; Wessel, Ramses A, *When Caveats (...)*, pág.16.

²¹²*Idem*, pág.17.

contratantes da Convenção, mesmo que se fundamentem no direito da União, pois adotar uma outra postura teria como vítimas os cidadãos. Alguns autores especularam que o TEDH poderia, depois do parecer, adotar uma postura (mais) interventiva na análise compatibilidade do direito da União com a Convenção e, em termos práticos, poderia consubstanciar uma aplicação mais restrita dos critérios da presunção de *Bosphorus*.²¹³

Os juízes do Tribunal Europeu tiveram já oportunidade de se manifestar. Em maio de 2016, aplicaram pela primeira vez após o parecer 2/13 a presunção da proteção equivalente, no caso *Avotins v. Latvia*. Nesta decisão, a aplicação do princípio da proteção equivalente foi trabalhada com um desenvolvimento mais profundo do que é habitual, especificamente a análise do critério da “proteção manifestamente deficiente”.²¹⁴ No entanto, quando parecia ter chegado à conclusão que os mecanismos de reconhecimento mútuo, nomeadamente o Regulamento I de Bruxelas, no caso concreto, tinha dado uma proteção deficiente do direito a um processo equitativo previsto no art.6º da CEDH, acaba por concluir que a presunção da proteção equivalente estava verificada.²¹⁵

Apesar da decisão final defraudar algumas expetativas da comunidade académica, tem particularidades importantes. Pela primeira vez o TEDH aplica a presunção de *Bosphorus* a um mecanismo de reconhecimento mútuo, que, no cenário da UE, é uma manifestação do princípio da confiança mútua que, por sua vez, foi um dos argumentos utilizados pelo TJ para defender a incompatibilidade do projeto de acordo. O TEDH dá uma resposta direta à objeção do TJ, quando afirma que, embora os instrumentos de reconhecimento mútuo no seio da União sejam importantes para a construção do espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, não podem violar os direitos fundamentais dos cidadãos dos Estados-membros a que se destinam, como prevê o art.67º TFUE, e que limitar a casos excecionais o poder de um Estado de verificar se outro observou os direitos fundamentais, na prática, pode ter efeitos nocivos para proteção efetiva desses direitos. Dessa forma, os Estados-membros deveriam estar habilitados a rever uma decisão de outro Estado quando estejam perante uma queixa grave de violação dos direitos fundamentais no Estado de origem, ao invés de se fazer

²¹³ Lock, Tobias, consultado <http://verfassungsblog.de/will-empire-strike-back-strasbourgs-reaction-cjeus-accession-opinion/#.VN8zg0KAQ4U>

²¹⁴ <http://eulawanalysis.blogspot.pt/2016/05/eu-law-and-echr-bosphorus-presumption.html>

²¹⁵ TEDH, *Avotins v. Latvia*, Proc. 17502/07, 23 de Maio de 2016, par.116.

uma aplicação mecânica e incondicionada do princípio da confiança mútua.²¹⁶ O TEDH, ainda assim, abstém-se da pronúncia direta da conformidade do direito da União com a Convenção.

Neste momento, e até à adesão, a melhor forma de controlar a conformidade do direito da UE é manter a aplicação do princípio da proteção equivalente, mas sob critérios mais rígidos, por exemplo pela interpretação mais abrangente do que é uma violação manifesta da Convenção ou de uma proteção manifestamente deficiente, que daria ao TEDH um papel que deve assumir de maior intervenção no contexto da União, chamando a si um maior número de casos.²¹⁷

Por outro lado, implica que não deixar de fora as matérias “sensíveis” do direito da União, que, pelo facto de o serem, devem ser especialmente protegidas. O nível de integração e o facto de a União ter poderes sobre um número cada vez maior de matérias torna mais necessária a sujeição a um controlo externo, da mesma forma que esta exige aos seus Estados-membros.

Desde a decisão *M & Co c. Alemanha*, que esteve na origem do princípio da proteção equivalente, muita coisa mudou e depressa se verifica, face às novas exigências com que o direito da UE e o europeu se deparam, que já não é suficiente. A intensificação das trocas comerciais, o desenvolvimento tecnológico e internacionalização dos problemas jurídicos, sobretudo na área dos direitos humanos não só cria condições favoráveis à comunicação, como também o exige. Esta irá repercutir-se na melhor qualidade das decisões que, por serem adotadas coletivamente, mais dificilmente são influenciadas pelas instituições nacionais; dão uma perspetiva multicultural, que permite uma adaptação das decisões; e permitem a divulgação e desenvolvimento de culturas de proteção dos direitos fundamentais. O diálogo também reforça a legitimidade de cada tribunal, perante as instituições nacionais²¹⁸ e facilita o entendimento do papel de cada ator e a sua responsabilidade quando aplicam instrumentos como a Convenção.²¹⁹

²¹⁶TEDH, *Avotins v. Latvia*, Proc. 17502/07, 23 de Maio de 2016, par.114

²¹⁷ Spaventa, Eleanor, *A very fearful court?*(...), pág. 54-55.

²¹⁸Rackow, Julia, *Strasbourg and Luxembourg: A Dialogue* (...), pág. 6; Slaughter, Anne-Marie, *A Typology of Transjudicial Communication*, University of Richmond Law Review, Vol.29, issue 1, 1994, pág.114 e ss.

²¹⁹Conselho da Europa, Comité de Ministros, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Brighton Declaration*, 2011.

Tanto o TJ como o TDH têm o compromisso de proteger os direitos humanos, independentemente de estarem formalmente obrigados a comunicar (acontecerá com a adesão) ou de o fazerem de modo informal.²²⁰ Não é desejável ingressar num clima de conflito. Pelo contrário, deve reforçar-se o diálogo e, na falta de adesão e de compromisso do TJ em adotar uma política eficaz de proteção dos direitos fundamentais no seio da União Europeia, o TEDH deve promover uma aplicação mais restrita do princípio da proteção equivalente e manter o diálogo judicial informal. Efetivamente, o tribunal de Estrasburgo não parece querer fechar esta porta, pese embora a relutância dos juízes de Luxemburgo em aceitarem a sua jurisdição formal.

²²⁰Slaughter, Anne-Marie, *A Typology of (...)*, pág.103 e ss.

Capítulo VI. Conclusão

Aderir formalmente à Convenção Europeia dos Direitos Humanos não é tarefa fácil, a nenhum nível e o parecer 2/13 tornou-o mesmo numa tarefa hercúlea, seja pela revisão dos Tratados fundadores ou pela alteração do projeto de acordo. Independentemente do caminho a seguir, a postura do TJ não deve ser de uma instituição que quer proteger a todo o custo a sua competência, mas deve focar-se no objetivo último de construir uma organização que exige às suas instituições, órgãos e organismos o mesmo que exige aos seus Estados-Membros ao nível de proteção dos direitos fundamentais e que dá garantias da mesma.

Da análise do parecer parece que ficamos sempre com as mesmas ideias, que todos os argumentos redundam no mesmo e que é uma repetição aplicada a circunstâncias diferentes.

O sistema atual e o diálogo informal que se estabelece entre Luxemburgo e Estrasburgo, embora não seja totalmente insatisfatório, é insuficiente e não cumpre o objetivo de aderir, previsto no art.6º, nº2 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

O contencioso em marcha que referimos depende, tal como o reenvio prejudicial e o processo de apreciação prévia voluntário, da disponibilidade e colaboração dos tribunais nacionais, que pode ser potenciada pelo exemplo da comunicação judicial entre o TEDH e o TJ. A jurisprudência e o contacto próximo contradizem a imagem de dois tribunais que se confrontam e que se relacionam num clima de competição. O TJ prossegue um conjunto de objetivos mais amplo que o TEDH, mas não pode deixar de colaborar com este para que atinjam um bem maior, mesmo que isso signifique não ter a última palavra relativamente à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A adesão à Convenção terá um grande impacto jurídico, ao reconhecer a jurisdição de Estrasburgo, com as implicações a nível do contencioso que isso acarreta, mas também formaliza o compromisso das instituições políticas e do Tribunal de Justiça em criar um modelo coeso, de pares e cooperativo de proteção dos direitos fundamentais.

Bibliografia:

Documentos legislativos e jurisprudenciais

- Kokott, Juliane, *Tomada de posição da advogada-geral sobre a emissão do Parecer 2/13 apresentada em 13 de junho de 2014*, EU:C:2014:2475;
- *Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça*, 18 de Dezembro de 2014.
- *Protocolo nº16 anexo à Convenção Europeia dos Direitos Humanos* de 2 de Outubro de 2013, Estrasburgo, Council of Europe Treaty Series - No. 214
- TEDH, *Relatório Explicativo do Protocolo nº16 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Estrasburgo, Outubro, 2013
- *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 18 de Dezembro de 2000, Jornal Oficial das Comunidades Europeias C 364/1
- TJUE, *Documento de Reflexão sobre a adesão da União Europeia à CEDH*, Luxemburgo, 2010
- *Parecer 2/94 do Tribunal de Justiça*, 28 de Março de 1996, EU:C:1996:140
- *Estatuto do Comité de Ministros*, Londres, 5 de Maio de 1949, ETS No.001
- *Parecer 1/91 TJ*, 14 de Dezembro 1991, EU:C:1991:490
- TEDH, *Niemietz v. Germany*, Proc. 13710/88, 16 de Dezembro de 1992
- Comissão Europeia dos Direitos do Homem, *Decisão de 9 de Fevereiro de 1999*, petição nº13256/87, série B, vol.64
- TEDH, *Caso Matthews v. Reino Unido*, Proc. 24833/94, 18 de Fevereiro de 1999
- TEDH, *Caso Bosphorus v. Ireland*, Proc. 45036/98, 30 de Junho de 2006
- TJUE, *Ac. Melloni*, processo C-399/11, 26 de Fevereiro de 2013 TJUE
- TEDH, *Ac. M.S.S v Belgium and Greece*, Proc. 30696/09, 21 de Janeiro de 2011
- TEDH, *Tarakhel v Switzerland* Proc. 29217/12, 4 de Dezembro de 2014
- *Comunicação conjunta dos presidentes Costa e Skouris*, 24 de Janeiro de 2011
- TJUE, *Acórdão Costa c.ENEL* Proc. 6/64, 15 de Julho de 1964
- TJUE, *Acórdão CILFIT* C-283/81, de 06 de Outubro de 1982
- TJUE, *Acórdão Defrenne II*, processo 43/75, de 8 de Abril de 1976
- TJUE, *Acórdão Humblet*, Proc. C 6/60, 16 de Dezembro de 1960
- TJUE, *Acórdão Simmenthal*, Proc. 106/77, 9 de Março de 1978
- TEDH, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights: Izmir Declaration*, Estrasburgo, 2012

- TEDH, *Refletion Papper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Opinion*, Estrasburgo, Março, 2012,
- Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa , “*Strengthening Subsidiarity : Integrating the Strasbourg Court ’ s Case law into National Law and Judicial Practice*, Novembro, 2010
- TEDH, *Irlanda v. Reino Unido*, Proc. 5310/17, de 18 de Janeiro 1978
- Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, “Reports of the Inter-American Commission on Human Rights (art.51 American Convention on Human Rights)”, advisory opinion OC-12/97, Novembro 1997.
- Conselho da Europa, *Draft CDDH report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights*, Estrasburgo, Novembro de 2015
- Comité de Ministros do Conselho da Europa, *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, 979bis Meeting, Novembro 2006
- TEDH, *Avotins v. Latvia*, Proc. 17502/07, 23 de Maio de 2016

Doutrina:

- Duarte, Maria Luísa, *O Tratado de Lisboa e o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Fundamentais*, em *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*, coordenação Nuno Piçarra, Coimbra: Almedina, 2013.
- Duarte, Maria Luísa, *União Europeia e Direitos Fundamentais: no espaço da internormatividade*, Lisboa: AAFDL 2006.
- Duarte, Maria Luísa; Fernandes, Luís; Coutinho, Francisco Pereira - *20 Anos de Jurisprudência da União sobre Casos Portugueses: o que fica do diálogo entre os juízes portugueses e o Tribunal de Justiça da União Europeia*, Coleção Biblioteca Diplomática do MNE – Série A, 2011. ISBN -978-989-8140-13-5
- Duarte, Maria Luísa, *O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes*, coordenação de Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 9787587031160
- Ferraro, Francesca; Carmona, Jesús, *Fundamental Rights in the European Union*, European Parliamentary Research Service, PE 554.168 Março 2015. ISBN978-92-823-6749.

- Gorjão-Henriques, Miguel, *Direito Comunitário: Sumários Desenvolvidos*, 4ª edição, Coimbra: Almedina, 2007
- Martins, Ana Maria Guerra, *Efeitos dos Acórdãos Prejudiciais do Artigo 177º do TR (CEE)*, AAFDL, 1988.
- Martins, Ana Maria Guerra; Quadros, Fausto de – *Contencioso da União Europeia*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN – 978-972-40-3084-5
- Mesquita, Maria Rangel de, *A União Europeia Após o Tratado de Lisboa*, Coimbra: Almedina, 2010
- Mota de Campos, João; Ferreira, António Pinto; Mota de Campos, João L - *O Direito Processual da União Europeia: Contencioso Comunitário*. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-1516
- Quadros, Fausto de, *O Direito da União Europeia*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2013.
- Quadros, Inês, *A Função Subjetiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra: Almedina, 2006
- Varju, Marton, *European Union Human Rights Law: The dynamic of interpretation and context*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014

Publicações/Artigos de revistas:

- Arnardóttir, Oddný Mjöll, *Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights*, European Journal of International Law 28(3):819-843, August 2017
- Besselink, Leonard, *Should the European Union Ratify the European Convention for Human Rights ? Some Remarks on the Relations between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, Constituting Europe: the European Court of Human Rights in a national, European and global context (pp. 301-333), 2013, Studies in human rights conventions; No. 2, Cambridge: Cambridge University Press,
- Besselink, Leonard, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, Dezembro 2014

- Callewaert, Johan, *To accede or not to accede: European protection of fundamental rights at the crossroads*, European Journal of Human Rights, Abril, 2014
- Editorial, ECJ, *Strasbourg and National Courts: an exercise in guess-work?* – European law review, volume 40, n° 5, 2015
- Freundlich, Petri, *The Autonomy of EU Law - The ECHR Accession Opinion and its Aftermath*, Tallin University School of Governance, Law and Society Law curriculum, bachelor's thesis
- Gragl, Paul, *The Reasonableness of Jealousy : Opinion 2 / 13 and EU Accession to the ECHR* Table of Contents
- Gerards, Janneke, *Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 21, 2014
- Halberstam, Daniel, *"It ' s the Autonomy , Stupid !" A Modest Defense of Opinion 2 / 13 on EU Accession to the ECHR , and the Way Forward*, German Law Journal, Vol. 16, n°1, 2015
- Krenn, Christoph, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13*, German Law Journal, Vol.16, 2015
- Koutrakos, Panos: *The EU's Accession to the ECHR – a "NO" from the ECJ!*, Common Law Market Review, 52: 1–16, 2015
- Lambrecht, Sarah, *The sting is in the tail: CJEU Opinion 2 / 13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights*, European Human Rights Law Review Case Comment, Issue 2, 2015
- Lazowski, Adam; Wessel, Ramses A, *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*, German Law Journal, N°1, 2015
- Lock, Tobias, *EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg*, European Law Review, 2010, issue 6
- Lock, Tobias, *Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR*, Verfassungsblog on Matters Constitutional, 18 December 2014

- Piçarra, Nuno; Coutinho, Francisco Pereira, *A Europeização dos tribunais portugueses*, Working Paper nº18, 2006, Instituto Português de Relações Internacionais, Universidade Nova
- Rackow, Julia, *Strasbourg and Luxembourg: A Dialogue between Law and Politics*, Geneva Jean Monnet Working Paper 22/2016, Universidade de Genebra,
- Slaughter, Anne-Marie, *A Typology of Transjudicial Communication*, University of Richmond Law Review, Vol.29, issue 1, 1994
- Spaventa, Eleanor, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, Durham European Law Institute workshop on Opinion 2/13, 2015